



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

**EURÍPEDES TRAJANO DOURADO**

**O INFANTICÍDIO INDÍGENA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O  
DIREITO À VIDA: COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**BRASÍLIA  
2015**

**EURÍPEDES TRAJANO DOURADO**

**O INFANTICÍDIO INDÍGENA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O  
DIREITO À VIDA: COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. ° Eduardo Bastos  
Mendonça

**BRASÍLIA  
2015**

**EURÍPEDES TRAJANO DOURADO**

**O INFANTICÍDIO INDÍGENA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E O  
DIREITO À VIDA: COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof.º Eduardo Bastos Mendonça.

**Brasília/DF \_\_\_\_\_ de 2015**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof.º Eduardo Bastos Mendonça**  
**Orientador**

---

**Prof.**

---

**Prof.**

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus por me conceder sabedoria e serenidade para enfrentar as adversidades cotidianas;

Aos meus pais pelo apoio e amor incondicional;

À prof.<sup>a</sup>. Christine Peter pela motivação de aprofundar os temas constitucionais;

Ao professor Eduardo Mendonça pela contribuição ao tema escolhido;

À amada Gabriela Martins, pela compreensão e carinho por estar comigo em momentos turbulentos e por compartilhar alegrias;

E àqueles que contribuíram para o meu sucesso durante a graduação.



AQUI ESTOU EU, UM  
CIDADÃO SEM PODER  
ESCOLHER SEU GOVERNO!



Bill Watterson

## **RESUMO**

A monografia cuida do infanticídio praticado por determinadas etnias indígenas brasileiras em decorrência de suas manifestações culturais, crenças e tradições. À luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais ratificados, depreende-se que o Estado brasileiro adotou uma postura que prega o respeito à diversidade étnica e o direito à diferença, resultado de sua própria particularidade de congregar em um único território uma pluralidade de culturas. Considerando que essa prática cultural atinge a esfera dos direitos humanos e das liberdades individuais, discute-se o posicionamento do relativismo cultural que defende o respeito à cultura, em detrimento da proteção do direito à vida, o bem maior de toda pessoa sem o qual nenhum direito poderia ser usufruído.

Palavras-Chave: Infanticídio Indígena. Diversidade Étnica. Direitos Humanos. Manifestação Cultural. Direito à Vida.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 ASPECTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>10</b>
<i>1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional .....</i>	<i>10</i>
<i>1.2 Organização Social dos Povos Indígenas .....</i>	<i>13</i>
<i>1.3 Direitos Fundamentais.....</i>	<i>14</i>
<i>1.3.1 Limites e Colisões entre Direitos Fundamentais .....</i>	<i>17</i>
<i>1.4 Princípio da Igualdade.....</i>	<i>20</i>
<b>2 ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO DO DIREITO INDÍGENA .....</b>	<b>23</b>
<i>2.1 Decretos 8.072/1910 e 5.484/1928 .....</i>	<i>23</i>
<i>2.2. A Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) .....</i>	<i>24</i>
<i>2.3 Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho .....</i>	<i>27</i>
<i>2.4 Constituição Pátria e o Direito Indígena.....</i>	<i>30</i>
<i>2.5 Evolução da Tutela Indígena.....</i>	<i>31</i>
<i>2.6 Auto Determinação dos Povos Indígenas .....</i>	<i>33</i>
<b>3 DIREITO À VIDA E INFANTICÍDIO EM COMUNIDADES INDÍGENAS .....</b>	<b>37</b>
<i>3.1 Multiculturalismo e Relativismo Cultural .....</i>	<i>37</i>
<i>3.2 Direito à Vida .....</i>	<i>42</i>
<i>3.3 Direito de Preservação à Tradição Indígena.....</i>	<i>46</i>
<i>3.4 Infanticídio na População Indígena.....</i>	<i>48</i>
<i>3.5 Debate intercultural e a Ponderação entre Direitos.....</i>	<i>55</i>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

Existe no Brasil uma diversidade de povos indígenas cuja interação social com a sociedade nacional é bastante variável. Há aqueles que não mantêm relações permanentes com as sociedades nacionais permanecendo isolados; os que mantêm relações com a sociedade envolvente, mas possuem alto grau de autonomia em sua relação com o Estado, considerados como índios de recente contato; e outros que compartilham intensamente do convívio com a sociedade nacional há certo tempo. Segundo a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, há 107 registros de índios isolados na Amazônia Legal e 19 terras indígenas habitadas por índios de recente contato.<sup>1</sup>

Dessa forma, verifica-se a coexistência, no território brasileiro, de inúmeros regramentos específicos não escritos, correspondentes a cada etnia e do ordenamento jurídico brasileiro escrito, único e homogêneo, que subordina os direitos indígenas a um conjunto de normas que, por seu caráter genérico, podem não satisfazê-los.<sup>2</sup> Por isso, diante de uma sociedade pluriétnica, é necessário que a Constituição leve em consideração a cultura de seus diferentes povos a fim de que todos eles se sintam representados em seu texto normativo.

Ademais, a partir da integração política e ideológica que se espera de uma Constituição, torna-se exigível a busca pela concretização da dignidade humana por meio do respeito às manifestações culturais, crenças e tradições das minorias étnicas, mas sem jamais deixar de ponderar os conflitos entre essas manifestações e outros direitos fundamentais, como o direito à vida.

Assim, esta monografia tem por objetivo analisar, à luz do Direito Constitucional, a colisão entre os direitos fundamentais envolvidos na prática do infanticídio indígena. Para tanto, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

O Capítulo Primeiro aborda os aspectos teóricos da mudança paradigmática que ocorreu do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito, assim como discute a historicidade dos direitos fundamentais e a colisão de princípios constitucionais, com a intenção

---

<sup>1</sup> FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Povos indígenas isolados e de recente contato*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

<sup>2</sup> BARBOSA, Marco Antônio. *Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Fapesp, 2001. p. 130.



de possibilitar um melhor entendimento do conflito existente entre o direito à vida e o direito de manifestação cultural.

O Capítulo Dois aborda a contextualização histórica da tutela estatal indígena e o arcabouço jurídico dessa temática, elencando as mudanças constitucionais e infraconstitucionais que ocorreram ao longo dos anos no Brasil até a promulgação da Constituição de 1988, momento em que o reconhecimento pela autodeterminação dos povos indígenas alcançou maior notoriedade.

O Capítulo Três trata do multiculturalismo, da teoria do relativismo cultural e suas implicações para a discussão doutrinária e jurisprudencial da preponderância do direito à vida frente à prática do infanticídio indígena enquanto liberdade de manifestação cultural.

O objetivo não será discutir os elementos penais relacionados àquele que pratica o infanticídio, mas sim demonstrar que deve ser relativizada a proteção estatal a determinadas práticas culturais quando o direito à vida encontra-se ameaçado.

## 1 ASPECTOS TEÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Com a finalidade de abordar os direitos fundamentais e a autodeterminação dos povos indígenas, faz-se necessário entender a conceituação de Estado e a mudança paradigmática observada entre o modelo de Estado de Direito e o Estado Constitucional de Direito.

O Estado corresponde ao governo de um povo que habita determinado território e onde se observa o exercício do poder de polícia. Nesse aspecto, surge o monopólio da violência legítima cometida pelo Estado. Segundo Max Weber, a importância dessa violência deriva de dois aspectos: a eficácia geral de alguma sanção física em impor determinada conduta e a função de todo governo de salvaguardar o convívio pacífico entre a população.<sup>3</sup> A existência de um aparato estatal, dessa forma, é essencial para que sejam observados os direitos fundamentais e para que as instituições permanentes como o Poder Judiciário e a Administração Pública reflitam os valores sociais daqueles que habitam determinado espaço geográfico.<sup>4</sup>

Nesse prisma, a Constituição de 1988 traz normas que, além de estabelecerem a estrutura político-administrativa do Estado, buscam consolidar os direitos dos povos indígenas, ao expressar o reconhecimento de sua autodeterminação e da proteção aos seus costumes.

Inicialmente, existia o Estado Moderno cujas decisões políticas estavam centradas nas mãos do monarca. O soberano exercia seus poderes de forma absoluta, segundo seus próprios interesses. Posteriormente, a existência do Estado de Direito consagrou-se como um novo paradigma, oportunidade em que o princípio da legalidade era um limitador do poder autoritário daquele que impunha sua vontade contra os demais.<sup>5</sup>

De acordo com José Gomes Canotilho, o Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização política-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. Em

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 98.

<sup>5</sup> MORAIS JUNIOR, João Nunes. *Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o estado de direito*. *Revista de Direito Público*, Londrina, v.1, n.3, p.120, set./dez. 2007.

contrapartida, o Estado de não direito seria aquele desvinculado de quaisquer limites jurídicos, não reconhecendo aos indivíduos uma esfera de liberdade.<sup>6</sup>

Na concepção de José Afonso da Silva, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, ocorrendo a designação de um Estado Liberal de Direito, cujas principais características eram a submissão ao império da lei, sendo esta considerada como um ato emanado pelo Poder Legislativo, composto de representantes do povo, a divisão de poderes e a garantia dos direitos individuais.<sup>7</sup>

Pérez Luño corrobora o entendimento de Canotilho ao afirmar que o Estado de Direito possui como premissa o princípio da reserva legal, sendo que cabia ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos dos cidadãos. A lei apareceria como fonte jurídica suprema e as demais fontes normativas seriam subsidiárias e teriam sua importância apenas quando a lei lhes denegasse alguma matéria.<sup>8</sup>

A observância da legalidade, como mencionado, é pressuposto para a existência do Estado de Direito cuja existência está baseada em garantir o princípio da estrita legalidade em busca da efetivação dos direitos individuais. Destaca-se a separação de poderes que possibilita que os órgãos do Estado possam mutuamente se limitar, com a existência de um Poder Legislativo cuja atividade precípua é a de proteger o cidadão e a sua legitimidade na defesa de suas liberdades.<sup>9</sup>

Historicamente, as atrocidades dos governos fascistas da Alemanha e da Itália foram defendidas por seus perpetradores como mero cumprimento da lei e obediência à hierarquia.<sup>10</sup> Em face disso, após a Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas observaram a necessidade de conciliar o positivismo e o jusnaturalismo, buscando uma concepção de Direito

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf> > Acesso em 10 mar. 2015.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114.

<sup>8</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. *Série de teoría jurídica y filosofía del derecho*, n. 23. *Universidad Externado de Colombia*, 2002. p. 2.

<sup>9</sup> SILVA, Lúcio Tadeu da. *O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 107

que fosse clara, segura e objetiva, mas também considerasse os aspectos morais e políticos, reaproximando o Direito da Ética.<sup>11</sup>

Nesse sentido, o modelo de Estado Constitucional caracteriza-se pelo princípio da supremacia da Constituição, substituindo o conceito de soberania popular e de soberania estatal. Na concepção de Perez Luño, a diferença entre Estado de Direito e Estado Constitucional está no deslocamento do princípio da primazia da lei à da Constituição, deslocamento da reserva da lei à reserva da Constituição e deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.<sup>12</sup>

Marina Vitório Alves ao discorrer sobre o tema de neoconstitucionalismo, plurinacionalidade e interculturalidade afirma que:<sup>13</sup>

“O Estado plurinacional condensa as principais propostas do novo constitucionalismo, sendo uma resposta à ideia uniformizadora instituída pelo Estado nacional, em que o Estado e a Constituição são a representação de uma única nação, um único direito, sem diversidade de interesses, cultura e sem levar em conta a pluralidade existente na composição do povo.”

Desse modo, os movimentos indígenas atuais expõem o abismo social em que essa população se insere e busca soluções práticas para romper com o antigo modelo de dominação, que ainda persiste, a fim de conciliar a pluralidade de valores éticos necessários à efetivação de seus direitos.<sup>14</sup>

Assim, diante da exclusão histórica dos índios nos processos decisórios do país, a Constituição se esforçou em oferecer proteção a esses povos, garantindo o reconhecimento de sua autonomia e o respeito a sua diversidade cultural perante os grupos sociais hegemônicos.<sup>15</sup> No entanto, para que haja tolerância em um Estado plural como o Brasil, a preservação dos

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva, 2014. p. 520.

<sup>12</sup> PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Série de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23. p. 4.

<sup>13</sup> ALVES, Marina Vitório. *Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções*. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/363/289](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289)>. Acesso em 15 maio 2014.

<sup>14</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora. 2005.

<sup>15</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

costumes pluriétnicos não poderá ir de encontro aos direitos fundamentais já consagrados pela sociedade nacional.

## 1.2 Organização Social dos Povos Indígenas

Ferdinand Lassalle ao discorrer sobre a força da constituição e fatores reais de poder, trouxe à tona a relevância, pelas entrelinhas, dos movimentos sociais e dos cidadãos para o fortalecimento de uma Constituição. Nesse sentido: <sup>16</sup>

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.”

Desse modo, caso a Constituição não reflita os fatores reais de poder da nação, corre-se o risco de enfraquecê-la e tornar viável uma possível mudança de ordem constitucional, desde a formulação de emendas ou até mesmo a inauguração de um novo poder constituinte nos casos mais graves de desequilíbrio social.

Trazendo a discussão para a causa indígena, pode-se inferir que esses povos funcionam como um “fator real de poder” devido ao contexto histórico em que se inserem. Atualmente, diversos atores sensíveis às vulnerabilidades dos índios, como ambientalistas, antropólogos, indigenistas e operadores do direito pressionam o Estado por políticas públicas em proveito desses povos e clamam pela compreensão de sua organização social e de seus costumes, promovendo o reconhecimento de sua dignidade.

O modelo de organização indígena difere da organização social, política e econômica do “homem branco”. A racionalidade indígena pautada na solidariedade e generosidade não encontra equivalência no modo de funcionamento da burocracia encontrada dentro nas instituições públicas: <sup>17</sup>

“Um das principais dificuldades enfrentadas pelas comunidades e organizações indígenas é lidar com o modelo burocrático de organização social, política e econômica dos brancos o qual são obrigados a adotar nas suas

<sup>16</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>17</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 206 -227

comunidades para garantir seus direitos de cidadania, como o acesso a recursos financeiros e tecnológicos”.

Dessa forma, a fim de garantir maior legitimidade e autonomia dos povos, sem afastar a atuação do Estado quando necessário, é preciso que se compatibilizem esses dois modelos de gestão.

De acordo com Pierre Clastres, na obra “A Arqueologia da Violência”, tendo como pressuposto que o indígena faz parte de uma sociedade primitiva, as relações de poder operam de forma diferente. Uma sociedade primitiva é aquela que vive sem um aparato estatal. São as sociedades cujo corpo não possui órgão separado do poder político. Por consequência, há uma diferença que separa as sociedades em dois grupos: as com Estado e as sem Estado.<sup>18</sup>

Clastres então afirma que todas as sociedades com Estado são divididas em dominantes e dominados, enquanto que nas sociedades sem Estado ignora-se essa divisão, o poder não está separado da sociedade. Nessas sociedades homogêneas, a esfera política não está separada da esfera do social. O “homem branco” por não compreender essa homogeneidade, interpreta que como os “chefes tribais” não possuem poder de mando, os povos não são policiados e são apenas selvagens. Ademais, os líderes das comunidades indígenas são desprovidos de qualquer forma de poder que gere alguma imposição perante seus pares. Eles atuariam como líderes que mostrariam com suas tarefas, a unicidade esperada para aquela etnia, reafirmando os principais valores, especificidades e a independência perante as demais comunidades.<sup>19</sup>

### 1.3 Direitos Fundamentais

Ao iniciar o debate sobre os direitos indígenas, não há como afastar a incidência dos direitos fundamentais e a pluridimensionalidade dos direitos humanos.

Os direitos humanos independem de reconhecimento do Estado, da inserção em Constituições e até mesmo da existência de instrumentos que lhes assegurem proteção contra as arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, bem como dos particulares.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify. 2004.

<sup>19</sup> CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify. 2004.

<sup>20</sup> CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria General de los Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

Ao diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais, temos que a constitucionalização é *conditio sine qua non* dos direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais devem estar positivados, sendo que no Brasil estão expressos na Constituição Federal. Já os direitos humanos são de ordem *jusnaturalis*, não sendo necessário a sua positivação como primordial característica. Tendo em vista o seu status constitucional, há a vinculação aos três Poderes Públicos: Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário cujos atos devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, sob pena de invalidação.<sup>21</sup>

A teoria universalista entende que os direitos humanos devem ter aplicabilidade uniforme, direcionada para todos os grupos étnicos independentemente de suas peculiaridades. Esse entendimento foi adotado pela ONU por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e reafirmado pela Declaração de Viena de 1993. Ratificou-se que os direitos que são fundamentais devem estar acima de qualquer particularidade social, não sendo cabível qualquer relativização que pudesse mitigá-los. Assim, a diversidade entre culturas não pode ser utilizada como forma legitimar atos contrários à dignidade da pessoa humana.<sup>22</sup>

Rouanet, ao abordar os aspectos culturais inerentes ao homem, afirmou a importância da cultura para a vida do ser humano, salientando que ela não é um fim em si mesmo:<sup>23</sup>

“O homem não pode viver fora da cultura, mas ela não é seu destino, e sim um meio para sua liberdade. Levar a sério a cultura não significa sacralizá-la e sim permitir que a exigência de problematização inerente à comunicação que se dá na cultura e se desenvolva até o tê-los do descentramento.”

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 153

<sup>22</sup> Artigo 5º Todos os Direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos humanos e liberdades fundamentais. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em 14 de abr. 2015.

<sup>23</sup> SANTOS, Natália de França. *O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural*. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

Os direitos fundamentais, de acordo com Ana Maria D'Ávila, podem ser definidos como normas constitucionais de caráter principiológico que refletem a concepção de dignidade humana de cada sociedade e objetivam legitimar o poder jurídico estatal.<sup>24</sup>

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco, afirma “o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade humana”. Por essa afirmação, eleva-se a relevância dos direitos fundamentais como norma garantidora do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>25</sup>

Podemos categorizar os direitos fundamentais em três dimensões levando-se em consideração a época histórica de seu surgimento. A primeira dimensão surgiu no final do século XVIII com a afirmação do individualismo e exigiu uma abstenção do Estado para a proteção dos direitos civis e políticos.<sup>26</sup>

A segunda dimensão visaria à satisfação de necessidades do ser humano (econômicas, sociais, culturais) e que correspondem a uma atividade prestacional por parte do Estado. O momento histórico de seu surgimento é datado da segunda década do século XX, período em que as reivindicações sociais deflagraram o intervencionista Estado Social de Direito.<sup>27</sup>

A terceira dimensão transcenderia o indivíduo no sentido de aperfeiçoamento do próprio ser humano, fincados em sentido de solidariedade e fraternidade, compreenderia, dessa forma, a ampliação do atual Estado Democrático de Direito. Seriam aqueles ligados à proteção de um ambiente ecologicamente equilibrado, a autodeterminação dos povos e demais direitos transindividuais.<sup>28</sup>

Paulo Bonavides entende que há uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, tendo em vista a crescente globalização política na esfera da normatividade jurídica. Haveria uma

---

<sup>24</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites no poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 153

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.



universalização dos direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. O autor acrescenta ainda uma quinta dimensão que compreenderia o direito à paz, pois entende que: <sup>29</sup>

“(...) a dignidade jurídica da paz deriva do conhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos (...)”.

Ingo Sarlet assevera que haveria uma sobreposição desses direitos e não uma sucessão ou substituição e, assim, justificaria chamar de dimensões e não gerações de direitos fundamentais: <sup>30</sup>

“(...) a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional internos, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.”

Além de haver uma sobreposição dos direitos fundamentais, observa-se que o constituinte não se preocupou em estabelecer um rol taxativo para esses direitos. O artigo 5º da Constituição Federal estabelece que são direitos fundamentais aqueles que estão expressos em seu texto normativo, todavia, não os restringe apenas àqueles elencados no Título II (“Dos Direitos e garantias fundamentais”). Desse modo, pelo fato de os direitos fundamentais terem caráter principiológico, outros podem ser reconhecidos, até mesmo por tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte.<sup>31</sup>

### 1.3.1 Limites e Colisões entre Direitos Fundamentais

Partindo do pressuposto de que nenhum direito possui caráter absoluto, os direitos fundamentais podem sofrer limitações por disposição constitucional ou por legislação infraconstitucional que esteja amparada pela Constituição. Assim, a Constituição Federal de 1988 mostra de forma expressa a relativização de um direito fundamental quando em seu art.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 570.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 47.

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 de mar. 2015.

5º, XLVII, contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada, limitando o direito à vida.<sup>32</sup>

Nesse sentido, afirma João Trindade que:<sup>33</sup>

“Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai “ganhar” o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto.”

Poderá haver, por conseguinte, reserva legal (simples ou qualificada) das normas que garantem os direitos fundamentais, permitindo que o legislador introduza limitações, restringindo a área de proteção do direito. Essa reserva legal poderá ser simples, quando a própria Constituição indica que o exercício do direito será feito “na forma da lei” ou “nos termos da lei”. Há a reserva qualificada quando a Constituição indica qual medida o legislador pode valer-se para que haja a limitação constitucional, como ocorre no art. 5º, XII, CF:<sup>34</sup>

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Reconhecida a possibilidade de haver limitações aos direitos fundamentais, outro fenômeno observado é a possibilidade de ocorrer colisões entre esses direitos, que possuem natureza principiológica. Dessa forma, um direito fundamental de um titular pode estar limitando o exercício do direito fundamental de outro pelo fato de existir previsão Constitucional que tutele ambos e, assim, justificável seria a intervenção estatal para a solução desse conflito à luz da diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011., p. 163.

<sup>33</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>35</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 164.

De acordo com Robert Alexy, os princípios se traduzem em “mandados de otimização”, podendo ser atendidos em graus variados. Não possuem um mandamento definitivo, assim, eventuais colisões entre princípios é preciso observar se um deles terá precedência sobre o outro em determinado caso concreto. Assim, com a finalidade de solucionar eventuais colisões entre princípios, deve-se examinar os interesses conflitantes e definir qual deles, teria um peso maior em uma dada situação.<sup>36</sup>

As regras, em contrapartida, exigem que se faça aquilo que ordenam, pois há uma determinação da extensão de seu conteúdo na esfera das possibilidades jurídicas e fáticas. O conflito entre elas poderia ser solucionado se existisse uma cláusula de exceção que pusesse fim ao conflito ou se fosse declarada a invalidez de uma das regras e, assim, a outra seria válida no ordenamento jurídico.<sup>37</sup>

A solução para a colisão entre princípios estaria no juízo da ponderação e no princípio da proporcionalidade. A relação entre a teoria dos princípios e esse princípio advém do entendimento de que a proporcionalidade pode ser dividida em “máximas parciais”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade decorrem da natureza principiológica enquanto mandamento de otimização, enquanto a proporcionalidade advém dessa natureza em face das possibilidades jurídicas.<sup>38</sup>

A ponderação é parte do princípio da proporcionalidade que é constituído, como já mencionado, pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação trata dos modos empregados para que se atinja o escopo pretendido. A necessidade analisará a possibilidade de existir meio menos interveniente para a solução do litígio e a proporcionalidade atenderá a máxima de que “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores: São Paulo: 2011, p. 85-95.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011., p. 162.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores: São Paulo: 2011, p. 116-118.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros Editores: São Paulo: 2011.

Wilson Antônio Steinmetz, ao tratar do princípio da proporcionalidade e da ponderação como forma de resolver os conflitos existentes enfatiza a aplicação do princípio da proporcionalidade e uma de suas máximas parciais: <sup>40</sup>

**“Na colisão, não se trata de pura e simplesmente sacrificar um dos direitos ou um dos bens em jogo. [...] a solução da colisão é impensável com a mera subsunção a normas ou com a estrita aplicação dos cânones clássicos de interpretação; além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade – de modo especial, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens) – e a argumentação jusfundamental. (Grifo nosso).”**

O princípio da proporcionalidade ao buscar a solução do conflito não desprezaria um direito para que o outro fosse mantido, mas buscaria o equilíbrio entre as duas normas por meio da ponderação. Essa técnica, de acordo com o ministro Luís Roberto Barroso consistiria em uma “decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”. <sup>41</sup>

Ao tratar sobre a realização da ponderação, Steinmetz ainda ressalta que é preciso que se preencham alguns requisitos. Primeiramente, é necessário que exista direitos fundamentais em conflito, em que a realização de um ou a sua otimização, afetaria de alguma forma o outro. Em segundo lugar, “não pode haver uma hierarquia abstrata entre os direitos em conflito, ou seja, a inexistência de uma regra que possibilitaria a prevalência definitiva de um direito”. <sup>42</sup>

#### 1.4 Princípio da Igualdade

A Constituição Federal em seu art. 5º, caput e no inciso I, versa sobre o princípio da igualdade ao dispor que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição. Observa-se também a presença desse princípio em outros artigos da Constituição, que visam à proteção de forma geral e irrestrita a todos os brasileiros e estrangeiros, como disposições direcionadas a grupos específicos, como mulheres, portadores de necessidades especiais, idosos e indígenas.

<sup>40</sup> STEINMETZ, Wilson. Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69.

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>42</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

Assim, evidencia-se na Constituição Federal a discussão que ocorre entre a diferenciação entre igualdade formal e material.

José Afonso da Silva faz a distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei que corresponde à igualdade formal e material, respectivamente. Para o doutrinador, a igualdade perante a lei corresponde à aplicação da norma no caso concreto a partir do comando mandamental da norma. A lei nesse caso seria aplicada sem levar em consideração nenhuma particularidade do litígio, podendo até resultar uma discriminação. Em contrapartida, a igualdade na lei seria uma exigência direcionada não apenas àqueles que aplicam a norma aos casos concretos, mas também aos que criam as normas.<sup>43</sup>

O entendimento de Rizzato Nunes acerca desse princípio é de que o princípio da igualdade possui comando dúplice. A lei não pode fazer distinção entre as pessoas que ela considera iguais, sendo adequado o tratamento igualitário. Todavia, o tratamento igualitário deve buscar igualar a desigualdade real existente no meio social, que corresponde à igualdade material.<sup>44</sup>

Cláudia Lima Marques acrescenta que o princípio da igualdade ao prever o tratamento aos desiguais na medida de suas desigualdades busca efetivar o princípio da equidade, que é a solução justa para o caso concreto a fim de que os direitos humanos sejam observados.<sup>45</sup>

A igualdade formal prevaleceu no Estado Liberal, em que, embora não houvesse a previsão de direitos sociais no texto constitucional, estavam presentes as garantias aos direitos individuais, com a não intervenção do Estado na economia e a positivação do princípio da legalidade e da separação dos poderes.

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental afirmou que:

“(...) no limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re) pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>44</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>45</sup> MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1 ao 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2005.

várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”.

Ainda segundo o excelentíssimo ministro do STF:

“(...) pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias”.<sup>46</sup>

Dessa maneira, o excelentíssimo ministro trouxe para a discussão o princípio da fraternidade, expondo o caráter multicultural da sociedade e de sua preocupação com o reconhecimento e proteção das populações menos privilegiadas.

Pelo exposto, em conjugação com o princípio da fraternidade trazido à baila e em atenção aos princípios constitucionais que possibilitem a efetivação dos direitos fundamentais, não é suficiente o tratamento expresso na Constituição de que todos são iguais perante a lei. Ao debater sobre os direitos indígenas e a relativização da proteção estatal em face das manifestações culturais, é necessário que os aspectos da igualdade material sejam considerados, a fim de que a máxima Aristotélica de justiça distributiva seja observada: tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2*. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 31 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>47</sup> RICHARD. Kraut. *Aristóteles: A Ética à Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed. 2011.

## 2 ARCABOUÇO JURÍDICO NORMATIVO DO DIREITO INDÍGENA

### 2.1 Decretos 8.072/1910 e 5.484/1928

Com a finalidade de compreender o processo histórico de proteção aos povos indígenas, não há como não destacar a evolução conceitual e prática apresentada pela tutela indígena. Assim, elenca-se as legislações que foram necessárias para a quebra de paradigma do modelo integracionista que está intimamente relacionado com a conceituação de tutela.

Foi criado, em 1910, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) com o objetivo de ser um órgão estatal para substituir a catequese religiosa que realizava as principais ações com a temática indígena. Apresentou-se como o primeiro instrumento institucionalizado a estabelecer relações de caráter laico com os indígenas e garantia, assim, sob proteção do Estado, a permanência dos povos indígenas em suas terras e assegurava-lhes a expressão de suas tradições.<sup>48</sup>

Posteriormente, o Decreto nº 5.484, de 1928, regulamentou a situação jurídica dos indígenas, colocando-os sob a tutela estatal por meio do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em que a emancipação era prevista de forma progressiva com o consentimento do interessado, evidenciando-se assim a concepção integracionista de desconsiderar os costumes dos povos indígenas.<sup>49</sup>

Pelo mesmo regulamento foram divididos os índios em nômades, aldeados e em contato com a civilização. Com os primeiros, por meio de métodos brandos, o órgão indigenista oficial deveria estabelecer relações de amizade; aos segundos o governo deveria providenciar a regularização das terras e, quando julgasse necessário, construir casas e estradas para ligar as aldeias aos centros de consumo e aos últimos deveriam ser estendidos os mesmos direitos dispensados aos demais.<sup>50</sup>

O órgão indigenista criado tinha dois objetivos específicos: prestar assistência aos índios do Brasil que viviam aldeados, em estado nômade ou em contato com os civilizados e

---

<sup>48</sup> LIMA. Antônio Carlos de S. *A identificação como categoria histórica*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

<sup>49</sup> CORDEIRO, Ênio. *Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

<sup>50</sup> LIMA. Antônio Carlos de S. *A identificação como categoria histórica*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

estabelecer centros agrícolas constituídos por trabalhadores nacionais, seguindo a lógica da emancipação de não preservar a tradição dos indígenas.<sup>51</sup>

## 2.2. A Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio)

Segundo Darcy Ribeiro, índio no Brasil é “aquela parcela da sociedade que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, em suas diversas variantes, motivados por conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana”. Ou ainda de maneira mais genérica: “índio é todo indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade de origem pré-colombiana, que se identifica como etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com que está em contato”.<sup>52</sup>

Para efeitos da Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 conhecida como Estatuto do Índio, índio ou silvícola é “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.<sup>53</sup>

Dessa forma, pela leitura da norma e do que dispõe Darcy Ribeiro, depreende-se ser necessário suprir três condicionantes para que alguém seja considerado índio no Brasil. A primeira diz respeito a possuir qualquer origem e ascendência pré-colombiana. Essa condição admite mestiçagem e, assim, basta ter o indivíduo origem na árvore genealógica, sendo presumida sua origem com a testemunho do interessado pelo fato da dificuldade em provar a condição de índio. Em segundo lugar, é preciso que haja identificação e que seja identificado pelo grupo. Trata-se de uma identificação etnocêntrica em que a identificação é feita pelo indivíduo e pelo grupo a que ele acredita pertencer. Por último, há o requisito grupal, que distingue o indivíduo por meio de suas características próprias que possuem similaridade com as da etnia que julga pertencer.

O Estatuto do Índio, em seu art. 4º, especifica a condição de os índios estarem isolados, em vias de integração ou integrados. Os índios são considerados isolados quando vivem em

<sup>51</sup> CORDEIRO, Ênio. *Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

<sup>52</sup> RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p 432-434.

<sup>53</sup> BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). *Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas*. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003. p. 47-60.



grupos desconhecidos ou de que se possuam poucas informações por meio de contatos esporádicos com outros povos da sociedade brasileira. Em vias de integração são aqueles que, quando em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional da qual vão necessitando cada vez mais para seu próprio sustento. Integrados são aqueles incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis e ainda conservam usos, costumes e tradições características da sua cultura.<sup>54</sup>

Pela ótica de Helder Girão Barreto, em que ele denomina como o paradigma da integração, pela leitura do Estatuto do Índio, haveria estágios de evolução cultural pelos quais os índios necessariamente passariam. Existiria, dessa forma, uma escala hierárquica de menos ou mais evoluídos. Por conseguinte, pela interpretação do Estatuto do índio, o indígena seria visto como um ser inferior que deve e precisa ser integrado à comunidade internacional e, completada essa integração, não mais seria considerado como inferior, mas também não seria mais considerado como índio e, portanto, não mereceria mais qualquer forma de tutela especial por parte do Estado.<sup>55</sup>

Criou-se, assim, com o Estatuto do Índio, um desconforto no que diz respeito a sua finalidade de proteção aos povos indígenas:

**Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.**

(...)

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

(...)

**II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;**

**IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;**

**VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; (Grifo nosso)**

<sup>54</sup> LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo. 1996, p. 118-119

<sup>55</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá Editora. 2005.

Pela leitura do art. 1º do Estatuto do Índio estabelece que “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Desse modo, todos os direitos advindos do Estatuto estariam alicerçados na lógica do integracionismo e a capacidade estaria relativizada de acordo com o grau de integração, mostrando assim uma lógica contraditória ao dispor no mesmo texto normativo a intenção de preservar a cultura dos povos indígenas e também buscar a sua integração à “comunidade nacional”. O mesmo caráter dúbio é apresentado no art. 2º ao expor que a coesão das comunidades indígenas será mantida no processo de integração nacional.

Ao abordar acerca da integração à comunidade nacional, o Estatuto cria o dilema a respeito da capacidade civil dos indígenas. Todas as pessoas nascem com capacidade civil, apesar disso, o exercício dessa capacidade é regulamentado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em relação à capacidade civil do indígena, o Código Civil de 2002 estabeleceu três relações distintas para a capacidade civil: capacidade plena, relativa incapacidade e incapacidade absoluta. O atual Código, em seu art. 4º, expressa que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Como ainda não há essa lei, tem-se que pelo princípio “*Lex Posterior generalis non derogat priori speciali*”, o Estatuto do Índio é apto a disciplinar a matéria.<sup>56</sup> Nesse sentido, caso o indígena estivesse integrado, a capacidade plena estaria presente; se estivesse em processo de integração ou isolado, seria relativamente incapaz e, por conseguinte, dependente da tutela estabelecida no art. 7º: “Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nessa Lei”. Como consequência, caberia à União, por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei 5.371/67, assisti-los na prática dos atos da vida civil e, por força do art. 8º<sup>57</sup> seriam nulos de pleno direito os atos praticados por indígena não integrado ou pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutor competente.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros. *Revista CEJ*: v 13, n. 45, p. 72.

<sup>57</sup> Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. BRASIL. Lei 5.971, de 5 de dezembro de 1967. *Autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio e dá outras providências*.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm)> Acesso em: 14 mar. 2015.

<sup>58</sup> FARIAS. Ivan Soares. *Índios do Nordeste: etnia, política e história*. Maceió. EDUFAL. 2008.

Dessa forma, o Estatuto do Índio deu à tutela indígena uma natureza específica e distinta, na medida em que considera nulos e não apenas anuláveis os atos praticados entre o índio não integrado e pessoas estranhas à sua comunidade indígena, quando não tenha havido assistência do órgão tutelar estatal. Em contrapartida, a nulidade não é aplicável quando o índio revela consciência e conhecimento do ato praticado e da extensão de seus efeitos, desde que não lhe seja prejudicial.<sup>59</sup>

### 2.3 Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

Temos positivado em âmbito internacional os direitos fundamentais dos povos indígenas na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989.<sup>60</sup>

No que diz respeito à participação dos povos indígenas para legitimar quaisquer ações do Estado que possam ter impacto na comunidade, o art. 6º da Convenção nº 169 da OIT estabelece normas de caráter geral que devem ser observadas quando da necessidade de consulta prévia a esses povos. São cláusulas que orientam a atuação estatal e preveem a atuação de interlocutores legitimados e representativos que devem atuar nesse processo. Nesse sentido, é estabelecido que devem ser realizadas consultas prévias aos povos indígenas, a fim de que ocorram procedimentos adequados e qualificados com o objeto de atingir um consenso entre as partes interessadas.<sup>61</sup>

Assim, a Convenção nº169 da OIT estimula a dimensão participativa dos povos indígenas por meio da consulta prévia, havendo, dessa forma, maior proximidade com o princípio da livre determinação dos povos e sua dignidade.<sup>62</sup>

Pela leitura do quarto e quinto motivo das considerações presentes no início do texto da Convenção, percebe-se que a orientação assimilacionista foi afastada com o consequente

<sup>59</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos índios: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

<sup>60</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>61</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>62</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

reconhecimento de que esses povos poderiam desenvolver-se de acordo com sua própria vontade, fortalecendo seus laços de identidade: <sup>63</sup>

“(...) Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram (...)”.

Ao continuar a leitura, verifica-se o reconhecimento das culturas indígenas expresso em seu art. 7º. Em consequência, o antigo estigma de que os indígenas eram povos de uma cultura ultrapassada, vindos de estágios menos desenvolvidos, foi repensado para que houvesse o devido respeito às diferenças e à diversidade de usos e costumes.<sup>64</sup>

Nota-se a mudança de paradigma no âmbito da mesma OIT, tendo em vista que a Convenção nº 169 veio em substituição à Convenção nº 107 sobre a proteção e incorporação de populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes de 02 de junho de 1959. O paradigma de integração anteriormente adotado é mostrado nas considerações e em diversos artigos da antiga Convenção, como pode ser observado:<sup>65</sup>

<sup>63</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>64</sup> Artigo 7º I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>65</sup> BRASIL. Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. *Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

Considerando que a aprovação de normas internacionais de caráter geral sobre o assunto será de molde a facilitar as providências indispensáveis para assegurar a proteção das comunidades em jogo, sua interação progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho;

1. A presente Convenção se aplica:

a) **aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado** que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial

Art. 24. **O ensino primário deverá ter órgão objetivo dar às crianças pertencentes às populações interessadas conhecimento gerais e aptidões que as auxiliem e se integrem na comunidade nacional.** (Grifo nosso)

A Convenção nº 169, dessa forma, permitiu a revisão da Convenção nº 107 a fim de que o tratamento depreciativo antes dispensado a esses povos fosse superado para o fiel tratamento democrático que expressasse os valores da comunidade internacional de respeito aos povos tribais.<sup>66</sup>

Importante mencionar os itens 1 e 2 do art. 8º, segundo os quais:<sup>67</sup>

1) A aplicação de legislação nacional aos povos interessados deverá ser levada na devida consideração de seus costumes ou de seu direito consuetudinário

2) **Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.** (Grifo nosso)

O texto normativo da Convenção afirma que todas as ações efetuadas com a intenção de proteger os sujeitos e suas culturas não podem estar em conflito com o real desejo da população afetada, por conseguinte, estabelece a necessidade de consensos para a tomada de decisões. Além disso, estipula de forma expressa, que apesar de esses povos terem o direito de preservação de suas tradições, a manifestação de seus costumes não pode estar em desacordo com o que preconiza os direitos humanos e os direitos fundamentais do ordenamento jurídico a que estão submetidos.

<sup>66</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>67</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção nº 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

## 2.4 Constituição Pátria e o Direito Indígena

No passado, o não reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direito, estava marcado pela ausência de instrumentos normativos e políticas estatais que lhes garantissem a sobrevivência física e cultural. A Constituição de 1891 não fazia nenhuma menção à existência de índios no território brasileiro, mostrava-se, pela inexistência de leis ou de medidas protetivas, o desejo de fazer com que os índios deixassem de ser índios.<sup>68</sup>

A primeira Constituição Brasileira a tratar sobre os direitos indígenas foi a de 1934, atribuindo competência à União para legislar sobre “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, “m”) e reconhecendo-lhes a posse de terras nas quais se encontrem permanentemente localizados (art. 129).<sup>69</sup>

A Constituição Federal de 1988 dedicou um Capítulo aos direitos indígenas, em que lhes assegura os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além de estabelecer como competência privativa da União legislar sobre populações indígenas, com o destaque do caput do art. 231:<sup>70</sup>

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A promulgação da Constituição Cidadã possibilitou uma maior participação indígena no cenário político nacional. Houve a formação de diversos conselhos, assembleias em todas as esferas de poder, apesar de a qualificação técnica dos representantes ser ainda incipiente. Como bem menciona Silvio Coelho dos Santos:<sup>71</sup>

“Estimulados por diversos grupos da sociedade civil e pela Igreja, os povos indígenas do país começaram a organizar movimentos políticos, objetivando a conquista de suas reivindicações. Movimentos que expressam a rebeldia indígena às imposições governamentais, em particular contra as exercidas pela

---

<sup>68</sup> ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.

<sup>69</sup> ARAÚJO, Ana Valéria et al. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.

<sup>70</sup> BRASIL Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>71</sup> SANTOS, Silvio Coelho. *Povos indígenas na constituinte*. Florianópolis: UFSC, 1989, p. 39-40.

FUNAI. Movimentos que contribuíram para colocar a questão indígena no âmbito das discussões dos grandes problemas nacionais. Movimentos que permitiram o emergir de lideranças indígenas capazes de apresentar seus problemas diretamente aos detentores do poder e fazer repercutir suas reivindicações nos cenários nacional e internacional”.

Ela foi um marco para os direitos fundamentais no âmbito das organizações indígenas. Com a promulgação da Constituição Cidadã, houve a superação da tutela indígena ao reconhecer que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses” (art. 232, CF), maior autonomia desses povos ao afastar o pressuposto integracionista e o consentimento de que os povos indígenas têm direito ao território, à cultura, à saúde, à educação e demais direitos que se façam inerentes de sua cidadania.<sup>72</sup>

Como forma de reconhecer os direitos originários da população indígena e ratificar o modelo de interação dos povos indígenas à comunidade internacional, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.057/91. Nesse projeto de lei, que está pronto para pauta no Plenário da Câmara dos Deputados, está prevista a criação do Estatuto das Sociedades Indígenas, em que a tutela conferida a eles não se dissociaria àquela destinada aos demais cidadãos, respeitadas algumas particularidades. Além disso, há o reconhecimento da plena capacidade civil com a finalidade de garantir um maior e melhor acesso dos povos na busca por seus direitos.<sup>73</sup>

## 2.5 Evolução da Tutela Indígena

A Lei de 27 de outubro de 1831 aboliu a servidão dos indígenas, considerando-os como órfãos, determinando dessa forma a aplicação de medidas protetivas constantes no Livro das Ordenações. A servidão era uma forma de camuflar o regime de escravidão a que os indígenas estavam submetidos, tendo em vista que a escravidão indígena era proibida desde o século XVI. A revogação das Cartas Régias, em que estavam explícitas a guerra declarada a alguns grupos indígenas e a autorização para que fossem prisioneiros submetidos a servidão, veio por meio dessa lei. O art. 3º dispõe: “Os índios todos até aqui em servidão serão *della* desonerados”. Em sequência, o art. 4º vem assim redigido: “Serão considerados como *orphams*, e entregues aos

<sup>72</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 135.

<sup>73</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 2.057/91. *Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>> Acesso em 14 abr. 2015.

respectivos Juízes, para lhes aplicarem as providências da ordenação Livro primeiro título oitenta e oito”. Deduz-se então que a lei considerou como órfãos os índios que estiveram até então submetidos à servidão e não todos os índios incluídos, isto é, os que não estiverem em servidão. No entanto, há opinião contrária como a de João Mendes Júnior que, ao comentar sobre o assunto, entende que todos os índios passaram ao regime tutelar do Estado:<sup>74</sup>

“O Governo Imperial, no Decreto de 03 de junho de 1833, ainda confirmou o princípio da Lei de 27 de outubro de 1831, pelo qual os índios são, em todas as relações de direito, equiparados aos orphams; gozam, portanto, de proteção do ministério público e de todos os benefícios instituídos para defeza dos orphams”

Em 1928, a Lei nº 5.484 deu por abolida a tutela até então exercida pelos juízes de órfãos, substituindo-a pela tutela estatal, exercida pelo SPI e posteriormente pela FUNAI.<sup>75</sup>

Manuela Carneiro Cunha destaca que no início do século XX, os indígenas eram tratados de forma infantilizada e havia um forte entendimento de que deveriam ser conduzidos à integração com a nossa sociedade diante de sua característica pueril. A autora ainda critica os debates gerados em torno desse modelo de proteção. Segundo a autora, a tutela, que seria um instrumento eficaz no aprimoramento da defesa das terras indígenas, passou a ser discutida atualmente com maior relevância no âmbito do direito civil para adequar o instituto da capacidade civil, em detrimento da ampla discussão pertinente a outros direitos.<sup>76</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, há os que entendem que a tutela deixou de existir no novo ordenamento constitucional. Outros, porém, tendo em vista ser a tutela indígena prevista no Código Civil sustentam que ela persiste.<sup>77</sup>

Com a finalidade de esclarecer a diferenciação entre as diversas interpretações acerca da tutela indígena, há o posicionamento na doutrina que distingue entre a tutela incapacidade e tutela enquanto proteção. A tutela incapacidade, segundo Helder Girão, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, pois o denominado paradigma da integração, cujo pressuposto era a

<sup>74</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Direitos dos índios: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 112.

<sup>75</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá. 2005.

<sup>76</sup> CUNHA, Manuela Carneiro da. *Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais*. Santa Catarina: UFSC. 1985.

<sup>77</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá. 2005.



incapacidade não foi acolhido pelo ordenamento jurídico. Houve, no entanto, a substituição pelo paradigma da interação, cujo fundamento é precipuamente o respeito às diferenças.<sup>78</sup>

## 2.6 Auto Determinação dos Povos Indígenas

O princípio da autodeterminação dos povos afirma que todos possuem o direito de auto reconhecimento e de autoafirmação. Essa deve vir acompanhada da existência de uma unidade territorial, elemento intrínseco de um Estado.<sup>79</sup>

A existência de sistemas jurídicos próprios dos povos indígenas coloca em discussão o paradigma de um Estado soberano, pois o Estado em sua atual concepção, nega a possibilidade de existência em um mesmo território de sistemas jurídicos diferentes, sob a premissa de que o ordenamento jurídico estatal está alicerçado no entendimento de que ele é único e a existência de qualquer outro não seria cabível.<sup>80</sup>

A fim de ilustrar o entrave dessa multiplicidade de ordenamentos jurídicos em um mesmo território e o anseio por maior autonomia dos povos indígenas, a Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN), por meio de uma resolução, reconheceu a autoridade da comunidade indígena de Chéran, situada no México e formada em sua maioria por indígenas, para eleger suas autoridades seguindo seus usos e costumes. Assim foi admitida a legitimidade desses povos para decidir questões inerentes as suas culturas e organizações políticas como sugere a fala do ministro Arturo Zaldívar: “(...) acredito que os povos e comunidades indígenas podem se organizar de diferentes formas, uma delas sendo os municípios indígenas (...)”.<sup>81</sup>

A livre determinação dos povos indígenas foi reconhecida pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas, aprovada em 13 de dezembro de 2007. A Declaração estabelece que “os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e, por isso, têm direitos iguais de acordo com o sistema jurídico internacional”. Além disso, ratifica que “os povos indígenas têm direito à livre determinação”. Tendo em vista esse direito, “os povos indígenas

<sup>78</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>79</sup> BARBOSA, Marco Antônio. *Autodeterminação: direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

<sup>80</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>81</sup> MASTROGIOVANNI. Federico. Autonomia indígena: município mexicano ganha na justiça direito de se autogovernar. Disponível em:

<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35625/autonomia+indigena+municipio+mexicano+ganha+na+justica+direito+de+se+autogovernar.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

podem determinar livremente sua condição política e podem buscar o seu desenvolvimento econômico, social ou cultural”.<sup>82</sup>

A autonomia também implicaria na definição de âmbitos territoriais onde as coletividades correspondentes (povos, grupos nacionais ou étnicos) possam exercer suas responsabilidades de autogoverno e praticar um conjunto de direitos.

Há diversos enfoques ao considerar as diferentes formas de autonomia que possam existir. Há aquelas organizações que reivindicam a autonomia de forma explícita e aquelas que a fazem de forma mais sutil. Dentre aquelas que reivindicam a autonomia, há uma pluralidade de interpretações sobre os elementos da autonomia, os mecanismos que garantiriam essa autonomia, os níveis ou âmbitos territoriais para os grupos que querem exercer a autonomia e as condições para a realização da autonomia.<sup>83</sup>

Em relação aos elementos da autonomia, temos a existência de organizações que a associam com uma ou várias partes componentes como o controle do território, o autogoverno, a prestação da justiça ou a participação nos órgãos decisórios nacionais e aquelas que relacionam o caráter autônomo a todas as suas partes constitutivas, como o autogoverno, território com jurisdição, competências e faculdades, participação e representação nos órgãos decisórios nacionais.

No que tange aos mecanismos para garantir a autonomia, temos o posicionamento de organizações que consideram imprescindível o estabelecimento da autonomia com regime jurídico político no seio da sociedade nacional em que estão inseridas e organismos que não consideram a necessidade de instituir o regime de autonomia, mas apenas definir, dentro dos povos indígenas, o seu próprio status político.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas*, 2007. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>83</sup> RAMOS, Alcida Rita. *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

<sup>84</sup> SÁNCHEZ, Consuelo. Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina; Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. Brasília: *Instituto de Estudos Socioeconômicos*, 2009

Em relação ao aspecto territorial, há entidades que enfatizam diferentes níveis isoladamente ou até mesmo a simultaneidade deles que abrangem desde o nível municipal, regional até o nível federal.<sup>85</sup>

Temos também a apreciação quanto as condições para a consumação da autossuficiência. Há organizações que consideram que a autonomia pode ser exercida de forma isolada e sem mudanças na natureza e na estrutura do Estado; organizações que defendem que a autonomia deve ocorrer sob o marco de uma profunda reforma política de alcance nacional, da qual derivariam transformações na estrutura sociopolítica, econômica, cultural e territorial do Estado; e organizações que defendem a criação de uma nova Constituição que configure um Estado plurinacional ou pluriétnico, em que o regime de autonomia viria a ser um elemento fundamental.<sup>86</sup>

Os Princípios sobre a Tolerância aprovados pela UNESCO em 1995, em que se destacam os artigos 1º e 2º, dispõem que a tolerância é: o “respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas” e que o Estado deve respeitar “o caráter multicultural da família humana”. No tocante à saúde indígena, o artigo 3º salienta:<sup>87</sup>

“(…) medidas devem ser tomadas para assegurar a igualdade na dignidade e nos direitos dos indivíduos e dos grupos humanos em todo lugar onde isso seja necessário. Para tanto, deve ser dada atenção especial aos grupos humanos vulneráveis social ou economicamente desfavorecidos, a fim de lhes assegurar a proteção das leis e regulamentos em vigor, sobretudo em matéria de moradia, de emprego e de saúde, de respeitar a autenticidade de sua cultura e de seus valores (...).”

O intérprete constitucional deve reconhecer que, a partir da Constituição de 1988, os povos indígenas passaram a gozar de certa autonomia, devendo o Estado por meio dos três poderes assumir o papel de colaborador e não mais de tutor de populações marginalizadas por seus costumes e organização social.

Quando se fala de autonomia, o conceito de independência está intimamente relacionado. A dependência ainda se faz presente, pelo fato de haver um longo histórico de

---

<sup>85</sup> SÁNCHEZ, Consuelo. Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina; Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. Brasília: *Instituto de Estudos Socioeconômicos*, 2009

<sup>86</sup> SÁNCHEZ, Consuelo. Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina; Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. Brasília: *Instituto de Estudos Socioeconômicos*, 2009

<sup>87</sup> UNESCO. Declaração de Princípios sobre a Tolerância. Aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião, 1995

paternalismo e tutela governamental. Assim, a dependência de recursos externos para a manutenção da coletividade e a ingerência externa para a resolução de conflitos é prejudicial para o que se almeja. É preciso que se quebre o elo de subsistência das comunidades indígenas e que a força existente nas organizações esteja voltada para superar o velho paradigma da tutela governamental. O fomento às comunidades deve ser voltado para possibilitar a auto sustentação e a recuperação da autoestima desses povos.

### 3 DIREITO À VIDA E INFANTICÍDIO EM COMUNIDADES INDÍGENAS

#### 3.1 Multiculturalismo e Relativismo Cultural

O paradigma da sociedade homogênea foi rompido pela existência da sociedade plural pós moderna, acarretando assim uma mudança no tratamento dispensado às minorias étnicas, principalmente aos povos indígenas. Desse modo, rompeu-se com o modelo assimilacionista para dar lugar à preservação à singularidade cultural alicerçada nos direitos fundamentais.<sup>88</sup>

De acordo com Boa Ventura de Souza Santos, o termo multiculturalismo é o modo de reconhecer a coexistência de diferentes culturas em uma comunidade internacional globalizada. Nesse sentido, as diferentes sociedades se auto influenciam e, por haver essa conexão, surge a necessidade de proteção às minorias étnicas e ao seu direito à alteridade, possibilitando a sua perpetuação e manutenção de seus usos e costumes.<sup>89</sup>

Diante de uma sociedade multicultural, Will Kymlicka afirma que “(...) os 184 Estados Independentes do mundo contêm mais de 600 grupos de línguas vivas e 5000 grupos étnicos”. No que se refere às comunidades indígenas, o mesmo autor elucida o significado de minorias nacionais para inseri-las nesse contexto. Assim, para Kymlicka:<sup>90</sup>

“Uma das características distintivas das culturas incorporadas, as quais denomino de “minorias nacionais”, é justamente o desejo de continuar sendo sociedades distintas da cultura majoritária da qual formam parte; exigem por tanto, diversas formas de autonomia ou autogoverno para assegurar sua sobrevivência como sociedades distintas.”

A possibilidade de defesa de uma cidadania diferenciada, como ocorre com os povos indígenas, obrigaria o Estado a prover medidas específicas que pudessem mitigar o abismo social existente entre as minorias nacionais e o resto da população. Essa obrigação estatal, para Kymlycka, residiria no fato de o Estado agir de modo a homogeneizar o tratamento aos grupos sociais que por sua natureza diferenciam-se uns com os outros. A cultura, nesse aspecto, seria

---

<sup>88</sup> HOLDER, Julianne. Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. *Revista Constituição e Garantia de direitos*. Vol. 4, nº 2. 2011.

<sup>89</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

<sup>90</sup> SANTOS, Rodrigo Mito dos. *Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento*. Disponível em: <  
<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7050/5026>> Acesso em: 20 abr. 2015.

um elemento que expressa a liberdade do indivíduo, sendo assim, para o autor questionáveis as medidas de imposição de uma cultura a um indivíduo.

Kymlicka menciona a existência de três tipos de direitos destinados a possibilitar a permanência e a proteção de minorias étnicas na sociedade: direitos de autogoverno, direitos especiais de representação e direitos poliétnicos. Os direitos de representação são aqueles que permitem a participação de minorias étnicas na participação em ações afirmativas, como legislações que estabeleçam o número de vagas em eleições, em cada partido ou qualquer órgão de representação. Os direitos de autogoverno são observados quando da reivindicação de autonomia política por quaisquer povos habitantes dentro de um país, o que seria a autodeterminação dos povos originários dos Estados multinacionais. Por último, os direitos poli étnicos seriam aqueles orientados a estimular a integração das minorias dentro da sociedade.<sup>91</sup>

O multiculturalismo vem sendo entendido em diferentes pontos de vista, porém destacam-se dois principais: como fato social e como teoria jurídica. Em relação ao fato social, diz respeito à convivência de diversos grupos com culturas diferentes convivendo em um mesmo espaço geográfico. No que se refere à teoria jurídica, o termo multiculturalismo relaciona-se com a apresentação de propostas que busquem a solução de conflitos decorrentes do convívio entre as diferentes culturas e a busca pelos grupos que as expressam de tê-las protegidas.<sup>92</sup>

No entendimento de Taylor, as culturas que se diferenciam entre si, têm o dever legítimo de se defender dentro de uma margem de razoabilidade, mas também devem reconhecer o igual valor que uma cultura alienígena possui em face dela. Essa falta de reconhecimento do igual valor entre as culturas produziria o “esfacelamento” da sociedade contemporânea.<sup>93</sup>

O aspecto multicultural surgiria como instrumento capaz de elucidar as diferentes relações que se formam entre as diversas etnias que se encontram dentro de um território

---

<sup>91</sup> SANTOS, Rodrigo Mioto dos. *Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento*: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7050/5026>> Acesso em: 20 abr. 2015.

<sup>92</sup> SILVA, Larissa Tenfen. O Multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 11 n. 2 p. 314.

<sup>93</sup> TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

nacional, rompendo as fronteiras sociais, de pensamento e construindo uma humanidade de raiz singular, com o respeito às diferenças.<sup>94</sup>

Diante desse aspecto multicultural, Kymlicka afirma que para assegurar os direitos dessas minorias, é preciso que se complementem os direitos humanos tradicionais com os direitos das minorias, em consonância com os defensores do relativismo cultural:<sup>95</sup>

“Creio, portanto, que resulta legítimo e, de fato inevitável, complementar os direitos humanos tradicionais com os direitos das minorias. Em um Estado multicultural, uma teoria da justiça efetiva incluirá tantos direitos universais, assegurados aos indivíduos independentemente de seu pertencimento a um grupo, como determinados de grupo, ou seja, um status especial para outras culturas minoritárias.”

É nesse último entendimento de Kymlicka e demais autores que se firma a discussão entre o relativismo cultural e a teoria universal dos direitos humanos.

A corrente relativista compreende que os costumes morais e éticos existentes entre as sociedades e que se diferem entre si por suas próprias particularidades são todos igualmente válidos, sem haver avaliação de uma tradição ser melhor que a outra ou rotulada como a correta. O indivíduo é analisado dentro de seu grupo, sendo fruto de seu próprio meio e, assim, a coletividade é colocada em posição hierárquica superior à individualidade. Cada cultura, dessa forma, desenvolveria o seu conceito de certo e errado em detrimento de um entendimento de Direitos Humanos, de caráter universal, que pudesse limitá-lo ou questioná-lo.<sup>96</sup>

Para enfatizar o conceito de relativismo cultural, o antropólogo Ronaldo Lidório afirma:<sup>97</sup>

“O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades universais visto que não há padrões

<sup>94</sup> TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 57.

<sup>95</sup> KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Paidós Ibérica S.A. 1996.

<sup>96</sup> VALADARES, Anathiely Martins. *Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais\\_simposio/arquivos\\_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf](http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf)>. Acesso em 22/03/2015.

<sup>97</sup> LIDÓRIO, Ronaldo. *Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre o infanticídio indígena no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ronaldo.lidorio.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=80&Itemid=26](http://www.ronaldo.lidorio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=80&Itemid=26)>. Acesso em 22 mar. 2015.

para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma.”

A partir desse conceito, compreende-se a cultura da clitorectomia, praticada em determinados países, que mutila o clitóris e os lábios vaginais como forma de purificação e não permite que a mulher tenha a opção de não participar dessa violência, evidenciando assim a questionável argumento do relativismo cultural de que cada cultura possui a sua própria definição do que é tolerável/permitido sem a influência ou questionamento por parte de outras.<sup>98</sup>

Nesse aspecto, Ana Keila Mosca Pinezi, na tentativa de diminuir o caráter radical do relativismo cultural, defende que essa teoria fosse aplicada de forma mais amena, relativizada para não corromper o significado do “direito à diferença” previsto constitucionalmente:<sup>99</sup>

**“É preciso relativizar o relativismo cultural**, no sentido de vê-lo não como um princípio absoluto, mas como um instrumento que possibilite o encontro de forma respeitável. Essa relativização é capaz de evitar que a diferença, exaltada, contrarie os valores dos direitos humanos como uma forma de justificar os regimes de segregação, por exemplo. Se o direito à mudança não for respeitado, o “direito à diferença” é então transformado em “obrigação de diferença”. As culturas não são totalmente dependentes ou totalmente autônomas. **Na verdade, quando se pensa em relação dialógica entre culturas diferentes, a ideia é a de que as sociedades são interdependentes e de que a dinâmica cultural tem a ver, em grande parte, com o contato entre elas.**” (Grifo nosso)

O direito à diferença previsto no art. 231 da Constituição Federal, expressa o reconhecimento aos índios de suas tradições, costumes, línguas e crenças. A identificação de sua alteridade ao prever que não existe apenas os valores culturais daqueles que não são indígenas, foi um marco importante para a quebra de paradigma antes existente. Como já bem mencionado, o enfoque assimilacionista de considerar que a aceitação de uma cultura de um “não branco” como uma etapa de integração do indígena à sociedade não prevaleceu, fomentando assim o debate para a análise do relativismo cultural.<sup>100</sup>

Por conseguinte, embora os aspectos culturais das sociedades devam ser respeitados e a sua autodeterminação reconhecida, os direitos humanos servem de diretrizes para que se faça

<sup>98</sup> DIAS, Luana. África: a ablação da genitália feminina. Disponível em: <<http://virusdaarte.net/somalia-a-ablacao-da-genitalia-feminina/>> Acesso em: 21 de abr. de 2015.

<sup>99</sup> VALADARES, Anathiely Martins. *Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais\\_simposio/arquivos\\_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf](http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf)> Acesso em 22 mar. 2015.

<sup>100</sup> BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba, Juruá. 2005.



justiça ou para que se pondere acerca da razoabilidade das manifestações culturais. É necessário que se tenha um diálogo intercultural alinhado com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Não é justificável, em consequência, limitar ou restringir direitos do próximo com o pretexto de manter a preservação cultural. Deve-se buscar a efetivação de valores morais e éticos consubstanciados nos direitos humanos a fim de evitar prejuízos e ofensas à dignidade da pessoa humana ou às liberdades individuais.

Acrescenta-se à crítica ao posicionamento de Kymlicka acerca do relativismo cultural, o fato de haver dissensos dentro de um mesmo grupo que preconiza de forma coletiva um valor cultural como único. Dessa forma, a antropóloga Rita Laura Segato, da Universidade de Brasília, advertiu sobre a maneira como é entendido o relativismo cultural por profissionais de sua área. Segundo a antropóloga, o relativismo é visto, de forma bastante frequente, como um modelo simplificado que considera cada visão de mundo presa dentro de sua singularidade. Diante disso, os posicionamentos contrários a determinada prática que existem dentro de uma mesma cultura perdem a sua legitimidade em um grupo que preconiza um “consenso monolítico de valores” que desconsidera as relatividades internas.<sup>101</sup>

Nesse sentido, a Unesco promoveu um debate que deu origem à Declaração Universal da UNESCO em 2001 sobre a diversidade cultural reafirmando a importância dessa diversidade para a riqueza do patrimônio da humanidade. A Declaração se firma no sentido de que a heterogeneidade cultural não pode ser utilizada para legitimar atos contrários aos direitos humanos. Sendo assim, ratificou-se o respeito à diversidade cultural para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.<sup>102</sup>

Ademais, segundo o entendimento de Taylor supracitado, apesar de as culturas terem o dever legítimo de se defenderem e de se reafirmarem, devem reconhecer o igual valor presente em outra cultura. Nesse espaço que se construiria o diálogo intercultural que se mostra a cada dia mais necessário diante de um mundo globalizado. Seguindo esse raciocínio, não é cabível o argumento por aqueles que defendem o relativismo cultural de que a teoria universal é um modelo homogeneizador da cultura ocidental de imposição de direitos que não considera as

---

<sup>101</sup> SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext)> Acesso em: 20 abr. 2015.

<sup>102</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em: 21 de abr. 2015.

particularidades culturais, mas sim é uma teoria que abre espaço para se questionar as práticas culturais que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, verifica-se a ruptura do modelo assimilacionista na Constituição Federal de 1988, a partir da inserção da perspectiva pluralista no capítulo II, seção II do artigo 225, evidenciada pela utilização de expressões como “segmentos étnicos nacionais” e “diversidade étnica regional”<sup>103</sup>. No entanto, essa perspectiva deve estar alinhada com a Convenção nº 169 da OIT, que assevera a manutenção dos costumes e das instituições próprias dos povos indígenas desde que não firam os direitos fundamentais do ordenamento jurídico nacional ou os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.<sup>104</sup>

### 3.2 Direito à Vida

O direito à vida é uma garantia constitucional assegurada a todo brasileiro, sem distinção de qualquer natureza. É o que informa o art. 5º, caput, CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.<sup>105</sup>

A sua proteção adquire importância pelo fato de a existência humana ser pressuposto elementar de todos os outros direitos e liberdades dispostas na Constituição. Assim, o direito à vida é premissa dos demais direitos elencados pelo constituinte, sendo necessária a sua defesa para permitir que se usufrua dos demais.

Dada a sua relevância em um regime democrático, é previsto na Constituição que os atos dolosos contra a vida devem ser perseguidos criminalmente utilizando-se do instituto do tribunal do júri. Nesse sentido, o art. 225, §1º, dispõe que é dever do Poder Público, “controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Somando-se a esse aspecto de defesa à vida presente na Constituição, o tratamento dispensado àqueles em posição de vulnerabilidade

<sup>103</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>104</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Convenção 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>105</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

está enfatizado no art. 227 que afirma ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”.<sup>106</sup>

José Afonso da Silva afirma que o conteúdo do conceito do direito à vida engloba o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência.<sup>107</sup>

Infere-se, por conseguinte, dentro do direito à vida o direito à existência e à integridade física. O direito à existência consiste no direito de não ter interrompido o processo vital, de continuar vivo e lutar pela vida. Dessa forma, a legislação penal pune todas as formas que possam interromper esse processo. Além disso, considera como legítima defesa os atos cometidos em defesa da própria vida, sendo possível até mesmo retirar a vida de outrem para que proteja esse direito.<sup>108</sup>

Por sua vez, o direito à integridade física é extraído da previsão constitucional expressa no art. 5º, III, em que declara que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento humano degradante”. Sendo a integridade física um direito fundamental do ser humano, a Carta Magna buscou a sua efetivação ao assegurar o respeito à integridade física dos presos no art. 5º, XLIX.<sup>109</sup>

O direito à vida não deve ser condicionado à determinada fase ou de desenvolvimento humano do ser vivo. Também não subordina-se esse direito à legislação infraconstitucional que atribui a personalidade jurídica para a prática dos atos da vida civil. Assim, havendo vida humana, que ocorre desde a concepção e tem o seu término com a morte, não pode haver quaisquer limitações pelo legislador.<sup>110</sup>

No que se refere ao direito de defesa e de proteção do direito à vida, é defeso ao poder público praticar atos que possam ter impacto negativo em sua eficácia, que se traduz na pretensão jurídica à proteção por meio do Estado, do direito à vida, assim como é da natureza desse direito a imposição de que os indivíduos entre si se submetam ao dever de não agredir

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011., p. 288

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 200.

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 201.

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011., p. 288

esse bem. Dessa forma, é dever do Estado proteger a vida, investigando os casos de violação advindas de mortes não naturais ou suspeitas e dotando os poderes públicos de instrumentos capazes para a repressão de atos que aflijam esse bem maior.<sup>111</sup>

No âmbito internacional, o direito à vida é assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, da qual o Brasil é signatário.<sup>112</sup>

Em 2008 foi apresentada uma proposta de emenda à Constituição (PEC 303/08) de autoria do Deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS) que visava à alteração do art. 231 da Constituição Federal, que passaria a vigorar da seguinte forma:<sup>113</sup>

Art. 231. São reconhecidos aos índios, **respeitada a inviolabilidade do direito à vida nos termos do art. 5º desta Constituição**, sua organização social, costumes, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Grifo nosso).

Na justificação da PEC, o autor considerou que:<sup>114</sup>

(...) a atual redação do caput do art. 231 da Constituição Federal, por não reforçar a aplicabilidade do disposto no art. 5º relativamente à inviolabilidade do direito à vida, dá margem ao entendimento de que práticas de homicídio em contexto étnico-cultural específico, tais como o infanticídio, são aceitas por nosso ordenamento constitucional (...)

Em seguida, o relator dessa proposta na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o Deputado Regis de Oliveira (PSC/SP), apresentou parecer pela inadmissibilidade da PEC. De acordo com o relator, a proposta seria inconstitucional pelo fato de violar cláusula pétrea da Constituição nos termos do art. 60, § 4º, IV que mitigaria os direitos e garantias fundamentais assegurados aos indígenas no art. 231. Com um viés de relativismo cultural, entendeu o Deputado que a prática do infanticídio faz parte da cultura dos silvícolas brasileiros, por se tratar de uma norma alicerçada em suas tradições e crenças. Acrescentou ainda que sua tese de inconstitucionalidade referia-se àqueles indígenas que não tiveram ou que

<sup>111</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011., p. 292

<sup>112</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>113</sup> BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08*. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>114</sup> BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08*. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

tiveram pouco contato com a civilização, mantendo um caráter praticamente primitivo de se relacionar com o mundo.<sup>115</sup>

O relator ainda traz à discussão a provável inconstitucionalidade do art. 57 do Estatuto do Índio que dispõe:<sup>116</sup>

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Pelo mesmo raciocínio que entende pela inconstitucionalidade da citada PEC, o relator defende que os indígenas possuem total autonomia para estabelecer seu próprio regime de punições, que poderia até mesmo prever meios cruéis que culminariam com a morte.<sup>117</sup>

A tese defendida pelo relator é de que os indígenas necessitam de sua independência. Enfatiza que o modelo de integração que possuía o objetivo de anular a cultura dos povos indígenas precisa ser superado e não resgatado. Além disso, salienta que a intervenção em uma cultura poderia trazer consequências graves, como o número de indígenas dizimados a pretexto de uma política de integracionista.<sup>118</sup>

Por fim, o discurso do relator aproxima-se com o que é defendido nesse trabalho. Apesar de reconhecer que as práticas culturais devem ser preservadas de qualquer imposição de regras de conduta, ele consente que nenhuma civilização é estática ou isolada de outras sociedades. Por fim, admite a possibilidade de que os indígenas adotem outra postura em relação ao infanticídio, mas de forma voluntária e por meio do diálogo sem a imposição do Estado.

---

<sup>115</sup> BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08*. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>116</sup> BRASIL. *Lei nº 6.001/73*. 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>117</sup> BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08*. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>118</sup> BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08*. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

### 3.3 Direito de Preservação à Tradição Indígena

A promulgação da Constituição de 1988 possibilitou a efetivação de direitos e liberdades individuais que em outros momentos da história brasileira haviam sido suprimidos. Nesse sentido, o destaca-se a proteção à identidade indígena por meio do reconhecimento à organização, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios no art. 231, CF.<sup>119</sup>

O constituinte, embora preocupado em resgatar a autoestima dos povos indígenas, deparou-se com uma polêmica que até hoje suscita debates entre acadêmicos, juristas, antropólogos e demais agentes interessados no tema: o infanticídio indígena. Discute-se como proteger a tradição indígena se o seu exercício pode significar uma relativização do direito à vida, regulado no caput do artigo 5º da CF. Afinal, ao expressar o reconhecimento às tradições indígenas, o legislador tornou legítima quaisquer manifestações desse povo?

O artigo 215 da Constituição Federal confere direito à cultura e sua livre manifestação, todavia o Supremo Tribunal Federal manifestou-se desfavoravelmente quando esse direito estava em evidente colisão com outros igualmente protegidos pelo constituinte, como se observa nos julgados abaixo.

O Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, impetrado pelas organizações para proteção de animais, em uma ação civil pública contra o estado de Santa Catarina em favor dos animais usados no ritual da “Farra do Boi”, obteve decisão favorável da Segunda Turma do STF que entendeu que o festival da “Farra do Boi” contraria a Constituição ao sujeitar os animais a tratamentos cruéis. Dessa forma, pela leitura do art. 225 § 1º CF, apesar de a Constituição valorizar a difusão das manifestações culturais, essa proteção é relativizada quando o exercício da manifestação cultural se traduz em uma prática de tortura. Segue ementa do julgado:<sup>120</sup>

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os

<sup>119</sup> BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RExt 153531, Segunda Turma, Rel. p/ AC. Min. Marco Aurélio, DJ de 13 mar. 1998.

animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "Farra do Boi".

Nessa oportunidade, o ministro Néri da Silva aduziu que “a cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” o que vai de encontro a isso pode ser reprovável pela sociedade.<sup>121</sup>

Em outro julgado, o STF também decidiu em desfavor da manifestação cultural que se chocava com a proteção ao meio ambiente por meio da ADI 1856 proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR) e julgada procedente de forma unanime pelos ministros da Corte. A lei estadual do Rio de Janeiro nº 2.895/98 permitia que fosse realizada a conhecida “Briga de Galo”. Baseados nos mesmos argumentos da decisão da “Farra do Boi”, os ministros entenderam que, apesar de ser uma manifestação cultural, a prática desse costume confrontava com o artigo 225, §1º, VI da CF, conforme observado na ementa abaixo:<sup>122</sup>

CONSTITUCIONAL. MEIOAMBIENTE. ANIMAIS: PROTEÇÃO: CRUELDADE. "BRIGA DE GALOS". I. - A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes" autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F, art. 225, § 1º, VII. II. - Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.

O ministro Ayres Brito ainda argumentou que:<sup>123</sup>

“Esse tipo de crueldade caracteriza verdadeira tortura. Essa crueldade caracterizadora de tortura se manifesta no uso do derramamento de sangue e da mutilação física como um meio, porque o fim é a morte”. [...] “Os galos são seres vivos. Da tortura de um galo para a tortura de um ser humano é um passo, então não podemos deixar de coibir, com toda a energia, esse tipo de prática”.

O ministro Cezar Peluso, nessa mesma decisão, afirmou que a prática da “Briga de Galo” mostrava-se incompatível nos termos do art. 225 da CF por ofender a dignidade da pessoa humana, porque implicaria de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REExt 153531, Segunda Turma, Rel. p/ AC. Min. Marco Aurélio, DJ de 13 mar. 1998.

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1856 RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 22 set. 2000.

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1856 RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 22 set. 2000.

do ser humano. Ainda segundo o ministro, permitir esse tipo de prática desperta nas pessoas o lado cruel de sentir prazer em qualquer meio de sofrimento em seres vivos. Segundo Peluso:<sup>124</sup>

“a proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofende, portanto, a proteção constitucional, a dignidade do ser humano”.

Mostra-se pelo exposto, que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio qualquer meio de crueldade contra um ser vivo, mesmo que exista uma prática cultural existente que pudesse embasar essa violência. É evidenciado, por consequência, que o direito cultural não é absoluto, mas apesar de ser constatada a ocorrência da prática de mortes de indígenas por motivos culturais, o Estado não demonstra interesse ou se furta de enfrentar o problema sob o argumento do relativismo cultural.

### 3.4 Infanticídio na População Indígena

A palavra infanticídio tem a sua origem no latim *infanticidium* (infans-criança e caedere-matar), traduzindo-se assim no ato de matar um recém-nascido. Primitivamente, não se enquadrava em nenhuma tipificação penal.

De acordo com Vicente de Paula Rodrigues Maggio, era comum entre as civilizações primitivas a morte provocada dos filhos e de outras crianças, de forma que isso não pudesse ter quaisquer implicações penais nessas sociedades, havendo até mesmo uma permissão para essa prática que, com o tempo, passou a ser questionada ou não tolerada.<sup>125</sup>

As concepções sobre o infanticídio e suas alterações aglutinam-se em três grandes períodos: o Greco Romano (período de permissão ou indiferença - do século VIII a.C ao século V); o Intermediário (período de reação e a favor do filho recém-nascido – do século V ao XVIII) e o Moderno ou Atual (período de reação em favor da mulher infanticida - a partir do século XVIII).<sup>126</sup>

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1856 RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 22 set. 2000.

<sup>125</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: 2004. p. 40.

<sup>126</sup> MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004. p. 41.



O infanticídio tratado nessa monografia faz referência à morte imposta às crianças indígenas por motivos essencialmente culturais, uma vez que o significado genérico desse termo (matar criança) possui um outro significado para o Código Penal Brasileiro.

No Brasil, o infanticídio é tipificado como crime contra a vida, como dispõe o art. 123 do Código Penal: “Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – Detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”. Assim, no atual Código, o estado emocional da genitora é condição necessária para a tipificação criminal. Exige-se, por consequência, a qualidade de “ser mãe” e o estado puerperal para que o recém-nascido seja o sujeito passivo dessa relação. O estado puerperal seria uma alteração psicológica, advinda das dores do parto, que levaria a mulher agir instintivamente e violentamente contra o próprio filho durante o seu nascimento ou logo após o parto.<sup>127</sup>

É necessário frisar que pela interpretação do Código Penal, o tempo da conduta é determinante para a consumação do crime, tendo em vista que se a morte intencional ocorre antes do parto, o aborto estaria caracterizado e, sendo o sujeito passivo criança, o sujeito ativo incorria em homicídio.

O agente que pratica a ação também possui relevância no tipo penal, que no caso do infanticídio é a própria mãe da criança. Quando tratamos do infanticídio indígena, é comum que haja a participação de outros membros da aldeia, afastando-se até mesmo a proteção materna para o sacrifício. Ademais, na comunidade indígena, o estado puerperal não está muitas vezes presente. O que se observa é a preponderância de um fator cultural da comunidade em face do direito à vida. A honra da mãe em permanecer no grupo e considerar-se inserida é colocada em posição privilegiada em detrimento de uma escolha pessoal.<sup>128</sup>

Dessa forma, a utilização da expressão “infanticídio indígena” pode demonstrar uma imprecisão no uso ou um erro no seu emprego, porque apesar de haver a possibilidade de a indígena estar sob o estado puerperal, o que se observa nos casos é um componente cultural que leva à prática do crime de homicídio.

---

<sup>127</sup> COSTA, Pedro Ivo Salgado Mendes da. *A Problemática do Infanticídio enquanto tipo autônomo*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 28/03/2015

<sup>128</sup> SANTOS, Natália de França. *O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural*. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) tem por objetivo garantir o direito à vida e condições dignas à criança e ao adolescente por meio da aplicação de políticas públicas. De acordo com o Estatuto, a criança goza de todos os direitos fundamentais à pessoa humana e os instrumentos normativos devem ser capazes de assegurar-lhes o pleno desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade. Nessa mesma lei, é previsto que o Poder Público deve assegurar de forma plena a efetivação de diversos direitos, dentre eles o direito à vida e à saúde, por meio de políticas públicas.<sup>129</sup>

Não há, no Estatuto, a diferenciação de tratamento dispensado aos indígenas e aos não indígenas, sendo assim são assegurados todos os direitos a todas as crianças nascidas em solo nacional sem distinção de etnia, cor ou credo. É garantido o direito à vida, como também a existência digna à criança e ao adolescente com convivência familiar, havendo a atuação do Ministério Público para a proteção do incapaz.<sup>130</sup>

No Brasil, a prática do infanticídio é observada principalmente entre as etnias Amundawa e Urue Wau Wau de Rondônia, Mehinaku, Kuikuro e Suyá de Mato Grosso e também presente entre os Kamaiurá, Suruwahá e Yanomami da Amazônia.<sup>131</sup>

Marianna Assunção Holanda, ao tratar do tema, considerou que os casos de infanticídio indígena poderiam ter diversas origens. Relata que há um forte componente social ou até mesmo uma valoração negativa da própria mãe quando são percebidas as mortes de neonatos gêmeos ou com alguma deficiência motora. Haveria também casos em que o julgamento social pelos seus pares poderia motivar a morte dessas crianças, como no caso da inexistência de um pai que pudesse prover a família ou na falta dos dois para possibilitar a plena vivência do indígena e, não menos importante, é observado que em algumas situações a decisão sobre a viabilidade de permanecer/manter a criança viva parte de uma avaliação pessoal diante de alguma circunstância específica.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069/90. 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>130</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069/90. 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 15 abr. 2015.

<sup>131</sup> HAKANI. *Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*. Projeto Hakani. Disponível em: <[http://www.hakani.org/pt/infanticidio\\_entrepovos.asp](http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp)> Acesso em: 28 de março de 2015.

<sup>132</sup> HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*: UnB, 2008. Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 65.

A morte intencional dessas crianças remonta a um aspecto antropológico que buscaria explicar essa ação entre os indígenas. O nascimento de crianças gêmeas, por exemplo, de acordo com alguns antropólogos significaria amaldiçoar a aldeia pelo nascimento de uma criança “não humana” provocando, assim a ira de entes transcendentais. Os gêmeos seriam, de acordo com Kenneth M. Kensinger ao abordar o nascimento de gêmeos do leste do Peru, resultado de uma gestação induzida por um espírito que fecundaria a mulher. As crianças, por conseguinte, seriam crianças espírito e deveriam ser destruídas ao nascer.<sup>133</sup>

Por outro lado, aquelas nascidas de mães solteiras representariam uma ameaça à ordem e aos costumes nativos, porque seria inaceitável o nascimento de um indígena sem a figura paterna, levando assim ao sacrifício dessas crianças.<sup>134</sup>

A depender da etnia, quando ocorre alguma limitação física ou mental, decorrente de alguma síndrome, essas crianças são tratadas como um peso pela aldeia por atrapalhar a vida cotidiana, como a pesca e a caça e, também são motivo de desonra para os pais que se enquadrariam em um grau inferior perante aqueles que possuiriam filhos considerados normais diante dos julgamentos da coletividade.<sup>135</sup>

As mulheres indígenas que decidem por cuidar de seus filhos, apesar de discordância interna, sofrem uma intensa pressão ao se confrontarem com a obrigação de honrar as tradições e a de preservar o bem maior que é a vida. O ato de sacrificar um filho seria para reafirmar sua identidade como mulher, configurando uma forte coerção cultural.<sup>136</sup>

Há uma outra forma de ser percebido ou interpretado o infanticídio entre os indígenas. Quando é tratado como forma de controle populacional ou de planejamento familiar, como ocorre entre os Kamayurá e os Yanomami, geralmente é precedido de algumas tentativas de

---

<sup>133</sup> KENSINGER, Kenneth M. 1995. *How real people ought to live: The Cashinahua of eastern Peru*. Prospect Heights, ILL: Waveland Press.

<sup>134</sup> SANTOS. Natália de França. *O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural*. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

<sup>135</sup> SANTOS. Natália de França. *O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural*. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

<sup>136</sup> SANTOS. Natália de França. *O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural*. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

aborto e, apenas quando não é possível mais interromper a gestação é que ocorre a morte do neonato. Desse modo, o infanticídio para essas comunidades é entendido como um aborto terminal e não um homicídio.<sup>137</sup>

Há uma dificuldade em coletar os dados epidemiológicos que poderiam expressar o quantitativo de indígenas que são mortos por essa prática, tendo em vista a complexidade em realizar uma análise estatística que consiga diferenciar as mortes por desnutrição ou por outras causas indefinidas que mascaram esses números. O embaraço é percebido tanto nos obstáculos físicos de entrar em contato com determinadas populações consideradas isoladas, até mesmo de concluir por meio de questionamento aos próprios indígenas que a situação narrada é um caso de infanticídio indígena motivado por influências sociais, de cunho particular ou uma morte decorrida de agravos em saúde.<sup>138</sup>

Por todos os motivos que levam ao infanticídio indígena, urge uma característica que os une e demonstra o funcionamento da organização social entre os povos indígenas. A estrutura social da aldeia possui maior relevância que a de seus membros tratados em suas particularidades, sendo assim opressora das liberdades individuais em determinados casos. Nesse sentido, caso haja divergência entre a mãe e a coletividade, a decisão por deliberação da comunidade não considera o posicionamento da mãe em manter seu filho vivo. Soma-se a esse embaraço a definição social de vida no contexto das crenças desses povos. De acordo com os costumes das etnias que aceitam a morte provocada de crianças, há o entendimento de que o nascimento biológico não acarretaria necessariamente o nascimento social, legitimando assim os argumentos a favor do relativismo cultural.

Diferentemente de nossa sociedade, a humanidade indígena não é inerente ao nascimento, havendo a necessidade de construí-la com elementos externos. Nesse sentido, são necessários alguns requisitos para que um ser seja considerado uma pessoa, de forma que alguns indivíduos nunca serão reconhecidos como humanos. Na concepção dessas sociedades, o “aprender a ser humano” é um processo contínuo, em que a “morada humana” é construída sob

---

<sup>137</sup> PAGLIARO, Heloisa. “Demographic dynamics of the Suyá, a Jê people of the Xingu Indigenous Park, Central Brazil, 1970-2004”. In: *Saúde Soc.* São Paulo, v.16, n.2, p.37-47, 2007.

<sup>138</sup> HAKANI. Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <[http://www.hakani.org/pt/infanticidio\\_entrepovos.asp](http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp)> Acesso em: 19 marc. 2015.

a interferência de um universo transformacional em que se distinguem humanos de não humanos.<sup>139</sup>

Os Huaorani consideram que a vida é um ato de criação e que está em constante aprimoramento, assim tanto as relações de humanização, quanto as de formação de personalidade são graduais. O status de pessoa seria um atributo dado pela relação entre a mãe, o pai e o bebê, enquanto a condição de ser humano se daria pela relação desenvolvida em contato com os demais seres que habitam o cosmo.<sup>140</sup>

Para os Mbyá-Guarani, a nomeação dos índios ocorre por meio de um ritual de batismo em que há uma reunião cósmica com seres celestiais para designar nomes àquelas almas nascidas. Depois de muitas orações realizadas pelo pajé, a mãe descobriria o nome que o deus guardião havia reservado àquele recém-nascido. Além disso, o pajé determinaria como aquele ser deveria viver e qual seria o papel de sua mãe em ensinar-lhe as tarefas diárias.<sup>141</sup>

A criança receberia o status de pessoa, quando lhe fosse atribuído um nome, momento em que ela estaria inserida em um grupo social. No entanto, seria preciso que o neonato demonstrasse algum potencial de ser social, de humanidade, como a capacidade de andar, falar e praticar outros atos que indicassem autonomia. A concepção de vida para os Yanomami, apresenta certa semelhança, na medida em que apenas após a criança completar um ano de idade, quando apresenta alguma segurança em manter-se viva, é que a ela seria dado um nome.

Fica evidenciado que o infanticídio é praticado e aceito por algumas etnias indígenas em decorrência dos diferentes significados atribuídos à vida humana. Assim, trata-se de uma construção social em que não basta o nascimento com vida para que os indivíduos sejam considerados como sujeitos de direito, não havendo, portanto, qualquer lesão ao direito à vida das crianças eliminadas de forma prematura.

---

<sup>139</sup> HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*: UnB, 2008. Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 17-26.

<sup>140</sup> HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*: UnB, 2008. Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 17-26.

<sup>141</sup> HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*: UnB, 2008. Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 17-26.

No entanto, o conflito entre o direito à vida e o de manifestação cultural adquire relevância quando as próprias indígenas questionam a prática do infanticídio ao se verem compelidas a praticá-lo por imposição social. Um dos casos mais expressivos que refletem esse conflito é o da indígena Hakani, filha de uma índia Suruwahá. Hakani nasceu em 1995 e não teve o desenvolvimento físico esperado, apresentando problemas motores e na fala. A pressão exercida pela aldeia para que a criança fosse sacrificada teve consequências graves. Seus pais cometeram suicídio para que não tivessem de matar a própria filha e o avô, tomado por culpa e remorso, também se matou após tentativa frustrada de matá-la com uma flechada. Hakani assim sobreviveu em condições sub-humanas por ser vista como amaldiçoada em sua aldeia, até que um de seus irmãos a entregou para um casal de missionários que trabalhava junto ao povo. A criança cresceu e sua história motivou a criação do projeto Hakani, da ONG “Atini – Uma Voz pela Vida”, que busca atrair a atenção da sociedade para o problema do infanticídio em território nacional.<sup>142</sup>

Apesar da atuação da ONG Atini na proteção do direito à vida das crianças indígenas, o Ministério Público Federal em Volta Redonda (RJ) moveu uma ação civil pública contra essa ONG e a associação Jovens Com Uma missão (Jocum). Relatou-se que, com o pretexto de proteger a vida de uma indígena da etnia Sateré-Mawé, a criança, após ser separada de sua mãe biológica, foi levada à adoção pela ONG sem obedecer os trâmites legais para essa finalidade. Dessa forma, o Ministério Público Federal, requereu que a criança fosse trazida de volta à terra indígena, afastando-se da guarda provisória dos adotantes, e que a Atini, a Jocum e os adotantes sejam responsabilizadas na esfera cível. O Ministério Público Federal solicitou, ainda, que a FUNAI fornecesse apoio psicológico e antropológico, além de assegurar a permanência da criança com a sua mãe biológica.<sup>143</sup>

Assim, a interferência pública ou privada nas aldeias indígenas deve ser realizada com cautela e em um ambiente propício ao diálogo, a fim de que ações com intenções humanitárias, como a anteriormente relatada, não acabem constituindo grande prejuízo não só às crianças indígenas e suas aldeias, mas também aos nacionais adotantes e às instituições do estado.

---

<sup>142</sup> HAKANI. Hakani: uma menina chamada sorriso. Disponível em: <[http://hakani.org/pt/historia\\_hakani.asp](http://hakani.org/pt/historia_hakani.asp)>. Acesso em 28 mar. de 2015.

<sup>143</sup> PACHECO. Tânia. *Combate Racismo Ambiental*. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2014/10/08/mpf-move-acao-para-devolver-crianca-indigena-satere-mawe-que-missionarios-da-jocum-e-atini-entregaram-para-adoacao-no-rj/>> Acesso em: 19 de abr. 2015.

### 3.5 Debate intercultural e a Ponderação entre Direitos

Como abordado em tópico anterior, é preciso que haja o respeito à diversidade étnica e à diferença para que se tenha um diálogo cujo objetivo seja demonstrar a prevalência do direito à vida frente ao direito à cultura, que se manifesta na prática do infanticídio indígena.

O infanticídio como forma de manifestação cultural não encontra razoabilidade na medida em que a sua proteção, por ser uma especificidade cultural, viola os direitos individuais de seus membros e vai de encontro com o que preconiza os direitos humanos.

A interculturalidade implica em “valorizar a perspectiva do outro e procurar ser consciente dela, mesmo sem compreendê-la”, tendo em vista que não é possível compreender o outro, sem contudo estar aberto a outras perspectivas. É preciso que se relativize a prática cultural do infanticídio, não no sentido de tornar absoluta a manifestação de outra cultura, mas de possibilitar o encontro entre elas de forma respeitável.

Desse modo, o diálogo intercultural propõe que haja uma conversa entre as culturas para que esse problema seja solucionado. Assim, mesmo reconhecida que a prática do infanticídio necessite ser combatida, não será por meio da imposição de determinada cultura sobre a outra, mas pela atuação daquele que a pratica ao reconsiderar seus costumes e suas próprias faltas.

Em maio de 2007, o deputado Henrique Afonso protocolou o Projeto de Lei 1.057, que ficou conhecido como Lei Muwaji. Esse PL dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades. Atualmente, ele se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, cujo parecer está aprovado, com sucessivas tentativas até o presente ano de 2015 para que seja incluído para debate em plenário.

O PL dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não convencionais. Assim, o projeto de lei não apenas versa sobre o infanticídio indígena, mas também possui a intenção de provocar o debate e mitigar outros abusos que são cometidos contra as crianças.

Durante os debates para aprovação do projeto, o deputado Alan Rick salientou que os direitos humanos estabelecem um padrão legal de proteção mínima à dignidade humana. Negar

o direito à vida com base em uma tradição cultural seria inaceitável, independente da cultura do grupo. Segundo o deputado, o argumento do direito à diversidade cultural é não é possível quando de certo modo legitima a prática de tortura, escravidão e demais penas cruéis.<sup>144</sup>

A Lei Muwaji, nas palavras do deputado, propõe que “sejam implementados programas de educação em direitos humanos nas sociedades indígenas e o aprofundamento do diálogo inter étnico com vistas à garantia da qualidade de vida e dignidade de crianças que são vulneráveis em suas comunidades”. São reconhecidas as tradições indígenas, mas essas não podem justificar as violações aos direitos humanos.<sup>145</sup>

A deputada Janete Rocha salientou que já existem entidades filantrópicas formadas tanto por indígenas como por não indígenas que se debruçam com esse tema há mais de 30 anos e que têm obtido resultados significativos no que diz respeito ao combate às práticas do infanticídio. Assim, exemplifica que as lideranças indígenas de Valéria Payê, durante o Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas apresentou o relato de que o seu grupo indígena já havia abolido essa prática cultural há três décadas. Salientou que esse processo foi construído sem qualquer interferência estatal, mas sim foi resultado de debates internos entre as comunidades indígenas.<sup>146</sup>

Por outro lado, há também severas críticas ao PL 1.507/2007. Rita Laura Segato, antropóloga, afirma que esse PL legisla o que já foi legislado, sendo desnecessário criminalizar o infanticídio indígena, visto que os crimes contra a vida já tipificados no Código Penal seriam suficientes. Além disso, alerta para a ilegitimidade do Legislativo para votar um projeto de lei sem a presença dos povos afetados. Ela argumenta que deveria ser colocado em pauta a restituição da capacidade de cada povo deliberar sobre a sua própria justiça em diálogo com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. Salienta, ainda, que a preocupação do Estado em ser garantidor da vida deveria passar pelo entendimento desse direito enquanto capacidade de manter uma coletividade viva com seus costumes presentes, pois é direito fundamental de toda pessoa ser parte de um conjunto que compartilha dos mesmos valores. Por

---

<sup>144</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1.057, de 2007. Lei Muwaji. Autor: Henrique Afonso. Relatora: Janete Rocha Pietá. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/459157.pdf>>. Acesso em 29 de março de 2015.

<sup>145</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1.057, de 2007. Lei Muwaji. Autor: Henrique Afonso. Relatora: Janete Rocha Pietá. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/459157.pdf>>. Acesso em 29 de março de 2015.

<sup>146</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 1.057, de 2007. Lei Muwaji. Autor: Henrique Afonso. Relatora: Janete Rocha Pietá. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/459157.pdf>>. Acesso em 29 de março de 2015.



fim, considera o projeto ineficaz, tendo em vista que o Brasil e o mundo possuem baixíssima porcentagem de condenações por crimes violentos.<sup>147</sup>

Assim, aproveita-se das falas dos congressistas a interpretação de que o relativismo cultural e a liberdade de crença não podem estar desvinculados de todo o ordenamento jurídico. No entanto, conforme defendeu Rita Segato, a criminalização não é uma resposta adequada ao conflito entre o direito à manifestação cultural e o direito à vida. De fato, as penas admitidas pelo Código Penal possuiriam baixa eficácia se aplicadas aos povos indígenas, tendo em vista a sua função de retribuição e prevenção do crime<sup>148</sup>. A reprovação direcionada ao modo de viver dos índios constituir-se-ia em mera retomada da discriminação contra esses povos. Há, ainda, de se questionar a possibilidade de ressocialização de um povo que não foi completamente socializado com a comunhão nacional. Basta, portanto, que a aplicação do art. 231 da Constituição Federal, que reconhece os costumes e tradições aos indígenas, esteja em sintonia com o que dispõe os organismos internacionais e o ordenamento jurídico pátrio.

---

<sup>147</sup> SEGATO, Rita Laura. *Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com os legisladores*. Revista de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

<sup>148</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso: em 22 abr. 2015.

## CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição de 1988 foi um marco para o avanço na proteção dos direitos indígenas. A lógica assimilacionista, tendente a abolir a identidade cultural desses povos, foi substituída por uma concepção interacionista, que imprime relevância aos aspectos multiculturais dos diferentes povos para a construção de uma nação.

A existência de tratados internacionais que garantem a supremacia dos direitos humanos em face de violações aos direitos individuais é de fundamental importância para que sejam repensadas determinadas práticas culturais. Nesse sentido, insere-se o infanticídio indígena presente em determinadas etnias.

Em face disso, a tutela garantida à livre manifestação cultural deve ser relativizada quando for de encontro ao direito à vida. Quando a manutenção dos costumes de uma coletividade significar opressão e violação dos direitos individuais de seus membros, como o direito à vida da criança e à liberdade de escolha da mulher indígena, caberá ao Estado atuar de modo a zelar pelo bem-estar e a segurança desses indivíduos.

Entretanto, a atuação estatal que vise impor valores etnocêntricos aos costumes dos povos indígenas deverá ser afastada, priorizando-se o diálogo intercultural pautado na alteridade dos sujeitos afetados pelo infanticídio, a fim de que percebam que as práticas que atentem contra a vida humana devem ser abolidas quando forem de encontro aos direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídica nacional e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente.

Embora o combate ao infanticídio indígena seja uma tarefa árdua, o Direito Penal, nos moldes do que propõe o PL nº 1.507/2007, não parece ser a solução mais adequada ao problema, tendo em vista a necessidade de profundas mudanças culturais entre as etnias afetadas. Desse modo, deve-se buscar mitigar os fatores que levam esses povos à prática do infanticídio e despertar sua compreensão a respeito da proteção dada à vida pela Constituição Federal. O Estado, portanto, deve ser capaz de fomentar o debate a respeito do infanticídio, sem dar margem a propostas de aculturação, bem como formular políticas públicas de planejamento familiar, inclusão de portadores de necessidades especiais e de desenvolvimento socioeconômico direcionadas a esses povos indígenas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Malheiros Editores: São Paulo: 2011.

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/363/289](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289)>. Acesso em 15 maio 2014.

ALVES, Marina Vitório. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/363/289](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289)>. Acesso em 15/05/2014.

ARAÚJO, Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Brasília, MEC/SECAD – LACED/Museu Nacional, 2006.

ARISTÓTELES, Ética a Nicômaco. Os Pensadores: Abril Cultural, 1979.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), n. 17. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan.-mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 junho 2014.

BARBOSA, Marco Antônio. Autodeterminação: direito à diferença. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

BARBOSA, Marco Antônio. Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil. São Paulo: Fapesp, 2001.

BARRETO. Helder Girão. Direitos Indígenas: vetores constitucionais. Curitiba, Juruá. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 20 junho 2014.

BISCARETII DE RUFFIA, Paolo. Apud. DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOBBIO. Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2011.

BRASIL, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). Legislação Indigenista Brasileira e normas correlatas. Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 107 sobre as populações indígenas e tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58824.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso: em 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 5.971, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm)> Acesso em: 14 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.001/73. 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)> Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069/90. 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.057/2007. Lei Muwaji. Autor: Henrique Afonso. Relatora: Janete Rocha Pietá. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/459157.pdf>>. Acesso em 29 de março de 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.057/91. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>> Acesso em 14 abr. 2015.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 303/08. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415399>> Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 31 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REExt 153531, Segunda Turma, Rel. p/ AC. Min. Marco Aurélio, DJ de 13 mar. 1998.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. Teoria General de los Derechos Humanos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>> Acesso em 10 mar. 2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em: 14 abr. 2015.

CLASTRES, Pierre. Arqueologia da Violência - pesquisas de antropologia política. Ed. Cosac & Naify, Edição Brasileira de 2004.

CORDEIRO, Ênio. Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.

COSTA, Pedro Ivo Salgado Mendes da. A Problemática do Infanticídio enquanto tipo autônomo. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 28 marc. 2015.

CRUZ, Pedro Henrique Guimarães. O infanticídio indígena brasileiro na perspectiva jurídica dos direitos humanos. Brasília, 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: Sociedades Indígenas e o Direito: uma questão de Direitos Humanos. Santa Catarina: Ed. UFSC, co edição, CNPq. 1985.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Os Direitos dos índios: ensaios e documentos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987

D'ADESKY. Jacques. Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos, antirracismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas. 2001.

DE SOUZA, Estella Libardi de Souza. Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. UFSC, 2008.

DIAS, Luana. África: a ablação da genitália feminina. Disponível em: <<http://virusdaarte.net/somalia-a-ablacao-da-genitalia-feminina/>> Acesso em: 21 de abr. de 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

DIMOULIS. Dimitri. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Ed. Atlas. São Paulo. 2014.

DÓRIA, A. de Sampaio. Comentários à Constituição de 1946. São Paulo: Max Limonad, 1960, v. IV

DOS SANTOS, Rodrigo Mito. Pluralismo, Multiculturalismo e reconhecimento. Uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento.

FARIAS. Ivan Soares. Índios do Nordeste: etnia, política e história. Maceió. EDUFAL. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Povos indígenas isolados e de recente contato. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato>>. Acesso em: 19 de abr. 2015.

HAKANI. Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Projeto Hakani. Disponível em: <[http://www.hakani.org/pt/infanticidio\\_entrepovos.asp](http://www.hakani.org/pt/infanticidio_entrepovos.asp)> Acesso em: 19 marc. 2015.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena: UnB, 2008. Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

HOLDER, Julianne. Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. Revista Constituição e Garantia de direitos. Vol. 4, nº 2. 2011.

KENSINGER, Kenneth M. 1995. How real people ought to live: The Cashinahua of eastern Peru. Prospect Heights, ILL: Waveland Press.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Paidós Ibérica S.A. 1996.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2008.

LÉON-PORTILLA, Miguel. América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas. Revista Tempo Brasileiro- América Latina: vias e desvios. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, n. 112-123, 1995.

LIDÓRIO, Ronaldo. Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre o infanticídio indígena no Brasil. Disponível em: <[http://www.ronaldo.lidorio.com.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=80&Itemid=26](http://www.ronaldo.lidorio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=80&Itemid=26)>. Acesso em 22 de março de 2015.

LIMA. Antônio Carlos de S. A identificação como categoria histórica. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito Indigenista Brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo. 1996.

LOPES. Ana Maria D'Ávila. Os Direitos Fundamentais como limites no poder de legislar, Porto Alegre. Fabris, 2001.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

MARQUES. Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1 ao 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais 2005.



MASTROGIOVANNI, Federico. Autonomia indígena: município mexicano ganha na justiça de se autogovernar. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/35625/autonomia+indigena+municipio+mexicano+ganha+na+justica+direito+de+se+autogovernar.shtml>>. Acesso em: 20 de jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o estado de direito. Revista de Direito Público, Londrina, v.1, n.3, p.120, set./dez. 2007.

MOURA, Márzio Ricardo Gonçalves de. Uma análise atual da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros. Revista CEJ: v 13, n. 45.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Manual de Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva. 2004.

OLIVEIRA, João Pacheco. Uma etnologia dos índios misturados? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: \_\_\_\_\_(org). A viagem de volta: etnicidade cultural no Nordeste indígena. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral da ONU. Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, 2007. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)> Acesso em: 14 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>> Acesso em 14 de abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> Acesso em: 15 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em: 21 de abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Convenção 169, de 07 de junho de 1989. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)> Acesso em: 14 abr. 2015.

PACHECO. Tânia. Combate Racismo Ambiental. Disponível em: < <http://racismoambiental.net.br/2014/10/08/mpf-move-acao-para-devolver-crianca-indigena-satere-mawe-que-missionarios-da-jocum-e-atini-entregaram-para-adocao-no-rj/>> Acesso em: 19 de abr. 2015.

PAGLIARO, Heloisa. “Demographic dynamics of the Suyá, a Jê people of the Xingu Indigenous Park, Central Brazil, 1970-2004”. In: Saúde Soc. São Paulo, v.16, n.2, p.37-47, 2007.

PAULO, João, II. Carta Encíclica Evangelium Vitae. Disponível em <[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jpii\\_enc\\_250319\\_95\\_evangelium-vitae\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_250319_95_evangelium-vitae_po.html)>. Acesso em: 12 março. 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Série de teoria jurídica y filosofía del derecho, n. 23.

RAMOS, Alcida Rita. Constituições Nacionais e Povos Indígenas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

REMILLARD, Gil. Les droits des minorités. In: Atas da II Conferência Internacional de Direito Constitucional. Quebec, 5 – 8 de março de 1986.

RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RICHARD. Kraut. Aristóteles: A Ética à Nicômaco. Porto Alegre: Artmed. 2011.

SÁNCHEZ, Consuelo. Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina; Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. - Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009

SANTILLI, Márcio. Os brasileiros e os índios. São Paulo: SENAC, 2000.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Apontamentos sobre o direito indigenista. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 26 set. 2010

SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: O universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. (Artigo). Especialista em Direitos humanos da Universidade de Coimbra – Portugal.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Pluralismo, Multiculturalismo e Reconhecimento: uma análise constitucional do direito dos povos indígenas ao reconhecimento. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/7050/5026>> Acesso em: 20 abr. 2015.

SANTOS, Silvio Coelho. Povos indígenas na constituinte. Florianópolis: UFSC, 1989.

SANTOS. Natália de França. O Infanticídio Indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio\\_y\\_derechos\\_humanos.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf)> Acesso em 10 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext)> Acesso em: 20 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Ed. Malheiros Editores Ltda, 1998.

SILVA, Larissa Tenfen. O Multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 11 n. 2 p. 314.

SILVA, Lúcio Tadeu da. O Estado Constitucional cogitado por Gustavo Zagrebelsky. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/205-artigos-jun-2007/5453-o-estado-constitucional-cogitado-por-gustavo-zagrebelsky>>. Acesso em 12 mar. 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Renascer dos Povos para o Direito. Curitiba: Juruá, 2006.

STEINMETZ, Wilson. Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAYLOR, Charles. El Multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOURRAINE, Alain. Poderemos viver juntos – iguais e diferentes. Petrópolis: Vozes, 1999, p 291. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Victor Viano. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

UNESCO. Declaração de Princípios sobre a Tolerância. Aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª reunião, 1995.

VALADARES, Anathiely Martins. Infanticídio Indígena e a Violação dos Direitos Humanos. Disponível em:  
<[http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais\\_simposio/arquivos\\_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf](http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/244cf530d70f52b58286e57969ee0f2a.pdf)> Acesso em 22 mar. 2015.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito e Povos Indígenas. Curitiba: Juruá Editora 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.